



Bulletin

Sondernummer:
Bankenkonkurs und Einlagensicherung
Numéro spécial:
Faillite bancaire et garantie des dépôts
Numero speciale:
Fallimento bancario e garanzia dei depositi

48 / 2006

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

Bulletin

Sondernummer:
Bankenkonkurs und Einlagensicherung
Numéro spécial:
Faillite bancaire et garantie des dépôts
Numero speciale:
Fallimento bancario e garanzia dei depositi

48 / 2006

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

Impressum

Herausgeber / Éditeur

Eidg. Bankenkommission / Commission fédérale des banques

Schwanengasse 12, Postfach, 3001 Bern
Schwanengasse 12, case postale, 3001 Berne

Telefon / Téléphone +41 (0)31 322 69 11

Telefax / Téléfax +41 (0)31 322 69 26

E-Mail info@ebk.admin.ch

Internet www.ebk.admin.ch

www.cfb.admin.ch

Vertrieb / Diffusion

BBL, Verkauf Bundespublikationen
OFCL, Vente des publications fédérales

CH-3003 Bern / Berne

Telefax / Téléfax +41 (0)31 325 50 58

Internet www.bbl.admin.ch/bundespublikationen

Bestellnummer / Numéro de commande

607.148

02.2006 3100 860146999

Am 1. Januar 2006 sind die Vereinbarung der Schweizer Banken und Effekthändler über die Einlagensicherung sowie die Änderungen der Bankenverordnung und der Börsenverordnung, welche ebenfalls die Einlagensicherung zum Inhalt haben, in Kraft getreten. Vorgängig waren bereits am 1. Juli 2004 die Änderungen des Bankengesetzes betreffend die Bankinsolvenz und am 1. August 2005 die Bankenkonkursverordnung in Kraft getreten.

Die Eidg. Bankenkommission (EBK) sieht darin das Ende eines wichtigen Gesetzgebungsprozesses, der die Verbesserung des Einlegerschutzes bei den bewilligten Banken und Effekthändlern des Schweizer Finanzplatzes bezweckt. Sie ergreift diese Gelegenheit, um ein spezielles Bulletin zu veröffentlichen, das dem Bankenkonkurs und der Einlagensicherung gewidmet ist. Der erste Teil befasst sich dabei mit der neuen Regulierung. Er enthält einen Kommentar zu den Bestimmungen der Bankenkonkursverordnung sowie zu den Änderungen der Bankenverordnung und der Börsenverordnung. Der zweite Teil widmet sich der seit dem 1. Juni 2005 erfolgten Rechtsprechung der EBK in diesem Bereich. Es werden darin fünf Entscheide zusammengefasst. Zwei weitere wichtige Entscheide betreffend den Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Bankinsolvenz wurden bereits im EBK-Bulletin 47/2005 S. 37 ff. und 68 ff. veröffentlicht.

Avant-propos

La convention des banques et négociants en valeurs mobilières suisses relative à la garantie des dépôts ainsi que les modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses ayant trait au même objet sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2006. L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions fait suite à celles des modifications de la loi sur les banques concernant l'insolvabilité bancaire le 1^{er} juillet 2004 et de l'ordonnance sur la faillite bancaire le 1^{er} août 2005.

La Commission fédérale des banques (CFB) y voit la fin d'un important processus législatif ayant pour but l'amélioration de la protection des déposants auprès des banques et des négociants en valeurs mobilières autorisés de la place financière suisse. Elle saisit cette occasion pour publier un bulletin spécial consacré à la faillite bancaire et à la garantie des dépôts. Une première partie est consacrée à la réglementation pertinente. Elle comporte un commentaire des dispositions de l'ordonnance sur la faillite bancaire et des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses. La seconde partie est le reflet de la jurisprudence de la CFB en la matière depuis le 1^{er} juin 2005. Cinq décisions y sont résumées. Deux autres décisions importantes traitant notamment du champ d'application des dispositions sur l'insolvabilité bancaire avaient déjà été publiées dans le Bulletin CFB 47/2005 p. 37 ss et 68 ss.

La convenzione delle banche e dei commercianti di valori mobiliari svizzeri relativa alla garanzia dei depositi così come le modifiche dell'ordinanza sulle banche e l'ordinanza sulle borse sullo stesso tema sono entrate in vigore il 1° gennaio 2006. L'entrata in vigore di queste nuove disposizioni fanno seguito alle modifiche della legge sulle banche relative all'insolvenza bancaria del 1° luglio 2004 e all'entrata in vigore dell'ordinanza sul fallimento bancario il 1° agosto 2005.

La Commissione federale delle banche (CFB) considera queste modifiche come la fine di un importante iter legislativo che ha avuto quale obiettivo il miglioramento della protezione dei deponenti presso le banche e i commercianti in valori mobiliari autorizzati della piazza finanziaria svizzera. La stessa coglie quest'occasione per pubblicare un bollettino speciale consacrato al fallimento bancario e alla garanzia dei depositi. Una prima parte è consacrata alla regolamentazione pertinente. Essa comporta un commento delle disposizioni dell'ordinanza sul fallimento bancario e delle modifiche dell'ordinanza sulle banche e dell'ordinanza sulle borse. La seconda parte contiene la giurisprudenza della CFB in questa materia dal 1° giugno 2005 e riassume cinque decisioni. Due altre decisioni importanti concernenti il campo d'applicazione delle disposizioni sull'insolvenza bancaria sono già state pubblicate nel Bollettino CFB 47/2005 p. 37 ss e 68 ss.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungen	12

Gesetzgebung

Bankengesetz (BankG), Änderung vom 3. Oktober 2003; AS 2004 2767 (d/f/i)	25
---	----

Bankenverordnung (BankV), Änderung vom 30. September 2005; AS 2005 4849 (d/f/i)	55
--	----

Bankenkonkursverordnung (BKV); SR 952.812.32 (d/f/i)	70
--	----

Vereinbarung der Schweizer Banken und Effektenhändler über die Einlagensicherung (d/f)	109
---	-----

Bericht der EBK zu ihrer Bankenkonkursverordnung vom 30. Juni 2005 sowie zur Änderung der Bankenverordnung und der Börsenverordnung betreffend Umsetzung der Einlagensicherung	125
--	-----

Rechtsprechung

Nachweis der Überschuldung; Frist, die Eigenmittelanforderungen wieder zu erfüllen; Erfolgchancen einer Sanierung.	271
---	-----

Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets	279
--	-----

Ungenügende Mitwirkung und Beweiswürdigung; unerlaubter Effektenhandel; unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Konkurseröffnung	295
--	-----

Überschuldung; während Schutzmassnahmen eingegangene Verbindlichkeiten	306
Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen; Anwendbarkeit des Bankengesetzes auf Gruppengesellschaften sowie auf faktische Zweigniederlassungen in der Schweiz	312

Sommaire

Page

Abréviations 12

Législation

Loi sur les banques (LB), modification du 3 octobre 2003;
RO 2004 2767 (a/f/i) 35

Ordonnance sur les banques (OB), modification du
30 septembre 2005; RO 2005 4849 (a/f/i) 60

Ordonnance sur la faillite bancaire (OFB); RS 952.812.32 (a/f/i) 83

Convention des banques et négociants en valeurs mobilières
suisses relative à la garantie des dépôts (a/f) 117

Rapport de la CFB sur son ordonnance sur la faillite bancaire
du 30 juin 2005 et sur les modifications de l'ordonnance sur
les banques et de l'ordonnance sur les bourses concernant
la mise en œuvre de la garantie des dépôts (a/f) 199

Jurisprudence

Preuve du surendettement; délai pour rétablir les fonds propres;
chances de succès d'un assainissement 271

Reconnaissance d'une décision de faillite étrangère 279

Collaboration insuffisante et appréciation des preuves; négoce de valeurs mobilières sans autorisation; acceptation illicite de dépôts du public; ouverture de faillite	295
Surendettement; engagements contractés lors de mesures protectrices .	306
Acceptation illicite de dépôts du public; application de la loi sur les banques aux sociétés de groupe et aux succursales de fait en Suisse. . .	312

Proposition pour la citation: Bulletin CFB 48

Sommario

	Pagina
Abbreviazioni	12

Legislazione

Legge sulle banche (LBCR), modifica del 3 ottobre 2003; RO 2004 2767 (t/f/i)	45
---	----

Ordinanza sulle banche (OBCR), modifica del 30 settembre 2005; RO 2005 4849 (t/f/i)	65
--	----

Ordinanza sul fallimento bancario (OFB); RS 952.812.32 (t/f/i)	96
--	----

Convenzione delle banche e dei commercianti di valori mobiliari svizzeri relativa alla garanzia dei depositi (t/f)	109
---	-----

Rapporto della CFB sulla sua ordinanza sul fallimento bancario del 30 giugno 2005 e sulle modifiche dell'ordinanza sulle banche e dell'ordinanza sulle borse relativa all'implementazione della garanzia dei depositi (t/f)	125
--	-----

Giurisprudenza

Prove di eccedenza di debiti; termine per ricostituire i fondi propri; possibilità di successo di un risanamento	271
---	-----

Riconoscimento d'un decreto di fallimento estero	279
--	-----

Collaborazione insufficiente e apprezzamento delle prove; commercio di valori mobiliari senza autorizzazione; accettazione illecita di deposito del pubblico; apertura del fallimento	295
Ecceденza di debiti; impegni contratti al momento della decisione delle misure di protezione.	306
Accettazione illecita di depositi del pubblico; applicazione della legge sulle banche alle società dei gruppi e alle succursali di fatto in Svizzera	312

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

ABV	Verordnung über die ausländischen Banken in der Schweiz vom 21. Oktober 1996 (Auslandbankenverordnung, SR 952.111) OBE/FBO
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, SR 951.31) LFP/LFI/IFA
AFV	Verordnung über die Anlagefonds vom 19. Oktober 1994 (SR 951.311) OFP/OFI/IFO
AFV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Anlagefonds vom 24. Januar 2001 (Anlagefondsverordnung SR 951.311.1) OFP-CFB/OFI-CFB/IFO-SFBC
APA	Federal Act on Administrative Procedure of 20 December 1968 (Administrative Procedure Act 1968) VwVG/PA
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts RO/RU
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse Decisions of the Federal Supreme Court BGE/DTF
BA	Federal Banking Act of 8 November 1934 (Banking Act 1934) BankG/LB/LBCR
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, SR 952.0) LB/LBCR/BA
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (Bankenverordnung, SR 952.02) OB/OBCR/BO

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

BBI	Bundesblatt FF
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, SR 954.1) LBVM/SESTA
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. Dezember 1996 (Börsenverordnung, SR 954.11) OBVM/SESTO
BEHV-EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Juni 1997 (Börsenverordnung-EBK, SR 954.193) OBVM-CFB/SESTO-SFBC
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts ATF/DTF
BKV	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effekthändlern vom 30. Juni 2005 (SR 952.812.32) OFB
BO	Ordinance to the Federal Banking Act of 17 May 1972 (Banking Ordinance 1972) BankV/OB/OBCR
BPG	Bundespersongesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) LPers
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0) PPF/PP
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273) PCF/PC

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

CDB	Convention relative à l'obligation de diligence des banques Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche VSB
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101) EMRK/CEDU
CEDU	Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101) EMRK/CEDH
CFB	Commission fédérale des banques Commissione federale delle banche EBK/SFBC
Circ.-CFB	Circulaire de la Commission fédérale des banques Circolare della Commissione federale delle banche EBK-RS
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0) Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (SR 311.0) StGB
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (SR 313.0) Legge federale sul diritto penale amministrativo del 22 marzo 1974 (SR 313.0) VStrR
DTF	Decisioni del Tribunale federale svizzero BGE/ATF
EBK	Eidgenössische Bankenkommission CFB/SFBC

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

EBK-GebV	Verordnung über die Erhebung von Abgaben und Gebühren durch die Eidg. Bankenkommission vom 2. Dezember 1996 (EBK-Gebührenverordnung, SR 611.014) Oem-CFB/Oém-CFB
EBK-RS	EBK-Rundschreiben Circ.-CFB
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101) CEDH/CEDU
FBO	Ordinance on Foreign Banks in Switzerland of 21 October 1996 (Foreign Banks Ordinance 1996) ABV/OBE
FF	Feuille fédérale Foglio federale BBI Federal journal
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce SHAB/FUSC
FUSC	Foglio ufficiale svizzero di commercio SHAB/FOSC
GebV	Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 23. September 1996 (SR 281.35)
SchKG	OELP/OTLEF
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei (SR 955.0) LBA/LRD
GwV EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002 (SR 955.022) OBA-CFB/ORD-CFB/MLO SFBC

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

IFA	Federal Act on Investment Funds of 18 March 1994 (Investment Fund Act 1994) AFG/LFP/LFI
IFO	Ordinance of the Federal Council on Investment Funds of 19 October 1994 (Investment Fund Ordinance 1994) AFV/OFP/OFI
IFO-SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission on Investment Funds of 24 January 2001 (Investment Fund Ordinance of the Banking Commission 1994) AFV-EBK/OFP-CFB/OFI-CFB
IPRG	Bundesgesetz über das internationale private Recht vom 18. Dezember 1987 (RS 291) LDIP
KOV	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32) OAOF/RUF
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (Loi sur les banques, RS 952.0) BankG/LBCR/BA
LBA	Loi sur le blanchiment d'argent (RS 955.0) GwG/LRD
LBCR	Legge federale su le banche e le casse di risparmio dell'8 novembre 1934 (Legge sulle banche, RS 952.0) BankG/LB/BA
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (Loi sur les bourses, RS 954.1) Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 24 marzo 1995 (Legge sulle borse, RS 954.1) BEHG/SESTA

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291) Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (RS 291) IPRG
LEF	Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato SchKG/LP
LFI	Legge federale sui fondi d'investimento del 18 marzo 1994 (RS 951.31) AFG/LFP/IFA
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 mars 1994 (RS 951.31) AFG/LFI/IFA
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 (RS 172.010) Legge federale sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione del 21 marzo 1997 (RS 172.010) RVOG
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 novembre 1889 (RS281.1) SchKG/LEF
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1) Legge sul personale federale del 24 marzo 2000 (RS 172.220.1) BPG
LRD	Legge sul riciclaggio di denaro (RS 955.0) GwG/LBA

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- LRCF** Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (Loi sur la responsabilité, RS 170.32)
VG/LResp
- LResp** Legge federale su la responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali del 14 marzo 1958 (Legge sulla responsabilità, RS 170.32)
VG/LRCF
- MLO SFBC** Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission Concerning the Prevention of Money Laundering of 18 December 2002
GwV EBK/OBA-CFB/ORD-CFB
- OAOF** Ordonnance sur l'administration des offices de faillite du 13 juillet 1911 (RS 281.32)
KOV/RUF
- OB** Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (Ordonnance sur les banques, RS 952.02)
BankV/OBCR/BO
- OBA-CFB** Ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent du 18 décembre 2002 (RS 955.022)
GwV EBK/ORD-CFB/MLO SFBC
- OBCR** Ordinanza su le banche e le casse di risparmio del 17 maggio 1972 (Ordinanza sulle banche, RS 952.02)
BankV/OB/BO
- OBE** Ordonnance concernant les banques étrangères en Suisse du 21 octobre 1996 (Ordonnance sur les banques étrangères, RS 952.111)
Ordinanza concernente le banche estere in Svizzera del 21 ottobre 1996 (Ordinanza sulle banche estere, RS 952.111)
ABV/FBO

Abkürzungen/abréviations/abbreviazioni

- OBVM** Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les bourses, RS 954.11)
Ordinanza sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sulle borse, RS 954.11)
BEHV/SESTO
- OBVM-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 25 juin 1997 (Ordonnance de la CFB sur les bourses, RS 954.193)
Ordinanza della Commissione federale delle banche sulle borse e il commercio di valori mobiliari del 25 giugno 1997 (Ordinanza sulle borse CFB, RS 954.193)
BEHV-EBK/SESTO-SFBC
- OELP** Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)
GebV SchKG/OTLEF
- Oem-CFB** Ordinanza sulla riscossione di tasse e emolumenti da parte della Commissione federale delle banche del 2 dicembre 1996 (Ordinanza sugli emolumenti della CFB, RS 611.014)
EBK-GebV/Oém-CFB
- Oém-CFB** Ordonnance réglant la perception de taxes et d'émoluments par la Commission fédérale des banques du 2 décembre 1996 (Ordonnance sur les émoluments de la CFB, RS 611.014)
EBK-GebV/Oem-CFB

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- OFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières du 30 juin 2005
Ordinanza della Commissione federale delle banche del 30 giugno 2005 relativa al fallimento di banche e di commercianti di valori mobiliari (RS 952.812.32)
BKV
- OFI** Ordinanza sui fondi d'investimento del 19 ottobre 1994 (RS 951.311)
AFV/OFP/IFO
- OFI-CFB** Ordinanza della Commissione federale delle banche sui fondi d'investimento del 24 gennaio 2001 (RS 951.311.1)
AFV-EBK/OFP-CFB/IFO-SFBC
- OFP** Ordonnance sur les fonds de placement du 19 octobre 1994 (RS 951.311)
AFV/OFI/IFO
- OFP-CFB** Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les fonds de placement du 24 janvier 2001 (RS 951.311.1)
AFV-EBK/OFI-CFB/IFO-SFBC
- OG** Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
(Bundesrechtspflegegesetz, SR 173.110)
Legge federale sull'organizzazione giudiziaria del 16 dicembre 1943 (Organizzazione giudiziaria, RS 173.110)
OJ
- OJ** Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (Organisation judiciaire, RS 173.110)
OG

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

O-COPA	Ordinanza commissionale del 21 luglio 1997 sulle offerte pubbliche di acquisto (Ordinanza commissionale OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/OOPA
OOPA	Ordonnance de la Commission des OPA sur les offres publiques d'acquisition du 21 juillet 1997 (Ordonnance sur les OPA, RS 954.195.1) UEV-UEK/O-COPA
ORD-CFB	Ordinanza CFB sul riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022) GwV EBK/OBA-CFB/MLO SFBC
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42) VZG/RFF
OTLEF	Ordinanza del 23 settembre 1996 sulle tasse riscosse in applicazione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (RS 281.35) Geb SchKG/OELP
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021) Legge federale sulla procedura amministrativa del 20 dicembre 1968 (RS 172.021) VwVG/APA
PC	Legge di procedura civile federale del 4 dicembre 1947 (RS 273) BZP/PCF
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (RS 273) BZP/PA

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0) BStP/PPF
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 (RS 312.0) BStP/PP
Reg-CFB	Regolamento della Commissione federale delle banche del 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/R-CFB
R-CFB	Règlement de la Commission fédérale des banques du 20 novembre 1997 (RS 952.721) R-EBK/Reg-CFB
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission vom 20. November 1997 (SR 952.721) R-CFB/Reg-CFB
RFF	Regolamento del Tribunale federale del 23 aprile 1920 concernente la realizzazione forzata dei fondi (RS 281.42) VZG/ORFI
RO	Recueil officiel des lois fédérales Official chronological collection of the federal legislation AS/RU
RS	Recueil systématique du droit fédéral Raccolta sistematica del diritto federale Systematic collection of the federal legislation SR
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali AS/RO
RUF	Regolamento del Tribunale federale del 13 luglio 1911 con- cernente l'amministrazione degli uffici dei fallimenti KOV/OAOF

Abkürzungen/abrégations/abbreviazioni

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010) LOGA
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1) LP/LEF
SESTA	Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 24 March 1995 (Securities Act 1995) BEHG/LBVM
SESTO	Ordinance of the Federal Council to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 2 December 1996 (Securities Ordinance 1996) BEHV/OBVM
SESTO- SFBC	Ordinance of the Swiss Federal Banking Commission to the Federal Act on Securities Exchanges and Securities Trading of 25 June 1997 (Securities Ordinance of the Banking Commission 1997) BEHV-EBK/OBVM-CFB
SFBC	Swiss Federal Banking Commission EBK/CFB
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt FOSC/FUSC
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts RS
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) CP

Abkürzungen / abréviations / abbreviazioni

- UEV-UEK** Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. Juli 1997 (Übernahmeverordnung-UEK, SR 954.195.1)
OOPA/O-COPA
- VG** Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32)
LRCF/LResp
- VSB** Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
CDB
- VStrR** Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (SR 313.0)
- VwVG** Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
PA/APA
- VZG** Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42)
ORFI/RFF

Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG)

Änderung vom 3. Oktober 2003

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2002¹,
beschliesst:*

I

Das Bankengesetz vom 8. November 1934² wird wie folgt geändert:

Art. 16 Einleitungssatz

Als Depotwerte im Sinne von Artikel 37d des Gesetzes gelten: ...

Art. 23 Abs. 4

Aufgehoben

Art. 23^{quater}

¹ Die Bankenkommission kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, in einer Bank einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragter).

² Die Bankenkommission umschreibt in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben des Untersuchungsbeauftragten. Sie legt fest, in welchem Umfang er an Stelle der Organe der Bank handeln darf.

³ Die Bank hat dem Untersuchungsbeauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren sowie alle Unterlagen offenzulegen und Auskünfte zu erteilen, welche er zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.

⁴ Die Kosten des Untersuchungsbeauftragten trägt die Bank. Sie hat auf Anordnung der Bankenkommission einen Kostenvorschuss zu leisten.

Art. 23^{quinqüies} Abs. 3

³ Vorbehalten bleiben Massnahmen nach dem elften Abschnitt.

¹ BBl **2002** 8060

² SR **952.0**

Art. 23^{octies}

¹ Die Bankenkommission erhebt Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen. Zudem erhebt sie bei den Beaufsichtigten jährlich eine pauschale Aufsichtsabgabe für die durch die Gebühren nicht gedeckten Kosten.

² Die pauschale Aufsichtsabgabe setzt sich zusammen aus einer fixen Grundabgabe und einer variablen Zusatzabgabe.

³ Die Grundabgabe deckt die Aufsichtskosten, welche für alle Beaufsichtigten regelmässig und unabhängig von ihrer Unternehmensgrösse anfallen.

⁴ Die Zusatzabgabe deckt die Kosten, soweit sie nicht aus dem Ertrag der Grundabgabe und der Gebühren gedeckt sind. Sie wird auf der Basis der Kosten erhoben, die der Kommission im Vorjahr entstanden sind. Sie wird nach bestimmten Kriterien wie namentlich Bilanzsumme, Effekturnumsatz und Nettofondsvermögen bemessen.

⁵ Der Bundesrat regelt die Einzelheiten; er bestimmt namentlich:

- a. die Gebührenansätze;
- b. die Verteilung der pauschalen Aufsichtsabgabe unter den Beaufsichtigten;
- c. die Höhe der Grundabgabe.

Art. 24 Abs. 2

² In den Verfahren nach dem elften und dem zwölften Abschnitt dieses Gesetzes können die Gläubiger und Eigner einer Bank lediglich gegen die Genehmigung des Sanierungsplans und gegen Verwertungshandlungen Beschwerde führen. Die Beschwerde nach Artikel 17 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889³ über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) ist in diesen Verfahren ausgeschlossen.

Die Abschnitte elf bis dreizehn erhalten folgende neue Fassung:

Elfter Abschnitt: Massnahmen bei Insolvenzgefahr*Art. 25* Voraussetzungen

¹ Besteht begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, oder erfüllt diese die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der Bankenkommission festgesetzten Frist nicht, so kann die Bankenkommission anordnen:

- a. Schutzmassnahmen nach Artikel 26;
- b. ein Sanierungsverfahren nach den Artikeln 28–32;
- c. die Liquidation der Bank (Bankenkonkurs) nach den Artikeln 33–37g.

² Die Schutzmassnahmen können selbständig oder in Verbindung mit einer Sanierung oder Liquidation angeordnet werden.

³ SR 281.1

³ Die Bestimmungen über das Nachlassverfahren (Art. 293–336 SchKG⁴), über das aktienrechtliche Moratorium (Art. 725 und 725a des Obligationenrechts⁵) und über die Benachrichtigung des Richters (Art. 729b Abs. 2 des Obligationenrechts) sind auf Banken nicht anwendbar.

Art. 26 Schutzmassnahmen

- ¹ Die Bankenkommission kann Schutzmassnahmen verfügen; namentlich kann sie:
- a. den Organen der Bank Weisungen erteilen;
 - b. einen Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 23^{quater} einsetzen;
 - c. den Organen die Vertretungsbefugnis entziehen oder sie abberufen;
 - d. die bankengesetzliche oder obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen;
 - e. die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken;
 - f. der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effekentransaktionen zu tätigen;
 - g. die Bank schliessen;
 - h. Stundung und Fälligkeitsaufschub, ausgenommen für pfandgedeckte Forderungen der Pfandbriefzentralen, anordnen.

² Sie sorgt für eine angemessene Publikation der Massnahmen, wenn dies zu deren Durchsetzung oder zum Schutz Dritter erforderlich ist.

³ Soweit die Bankenkommission in Bezug auf den Zinsenlauf nichts anderes verfügt, hat eine Stundung die Wirkungen nach Artikel 297 SchKG⁶.

Art. 27 Systemschutz

¹ Die Bankenkommission informiert die Betreiber in- und ausländischer Zahlungs- oder Effektenabwicklungssysteme wenn möglich über die Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h, die sie ergreifen will, und über den genauen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens.

² Aufträge für Zahlungen und Effekentransaktionen, die in ein System eingebracht wurden, bevor die Bankenkommission Massnahmen angeordnet hatte oder bevor der Systembetreiber von diesen Massnahmen Kenntnis hatte oder haben musste, können nur widerrufen werden, wenn sie nach den Regeln des Systems nicht unwiderruflich sind.

³ Die rechtliche Verbindlichkeit im Voraus geschlossener Aufrechnungsvereinbarungen oder Abreden über die freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von an einem repräsentativen Markt gehandelten Effekten oder anderen Finanzinstrumenten bleibt von Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben f–h unberührt.

⁴ SR 281.1

⁵ SR 220

⁶ SR 281.1

Art. 28 Sanierungsbeauftragter und Geschäftsführung während des Verfahrens

¹ Bei begründeter Aussicht auf Sanierung kann die Bankenkommission eine Person mit der Sanierung der Bank beauftragen (Sanierungsbeauftragter). Sie bestimmt deren Aufgaben.

² Sie regelt die Geschäftsführung der Bank während der Dauer des Sanierungsverfahrens.

Gliederungstitel vor Art. 29

Aufgehoben

Art. 29 Sanierungsplan

¹ Der Sanierungsbeauftragte arbeitet einen Sanierungsplan aus, welcher die Interessen der Gläubiger und der Eigner bestmöglich wahrt.

² Sieht der Sanierungsplan einen Eingriff in die Rechte der Gläubiger oder der Eigner vor, so wird er vom Sanierungsbeauftragten den betroffenen Gläubigern beziehungsweise Eignern bekannt gemacht. Diese können innert 20 Tagen beim Sanierungsbeauftragten Einwendungen erheben.

³ Der Sanierungsplan ist der Bankenkommission zur Genehmigung zu unterbreiten. Er bedarf nicht der Zustimmung der Generalversammlung der Bank.

Art. 30 Ablehnung des Sanierungsplans

Lehnen Gläubiger, welche betragsmässig mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG⁷ vertreten, den Sanierungsplan innert der Bekanntmachungsfrist ab, so ordnet die Bankenkommission die Liquidation nach den Artikeln 33–37g an.

Art. 31 Genehmigung des Sanierungsplans

Die Bankenkommission genehmigt den Sanierungsplan, wenn er namentlich:

- a. auf einer vorsichtigen Bewertung der Aktiven der Bank beruht;
- b. die Gläubiger voraussichtlich besser stellt als eine Liquidation der Bank;
- c. den Einwendungen der Gläubiger und der Eigner angemessene Rechnung trägt;
- d. den Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denjenigen der Eigner und die Rangfolge der Gläubiger berücksichtigt;
- e. die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen und der übrigen gesetzlichen Vorschriften nach Durchführung der Sanierung sicherstellt.

⁷ SR 281.1

Art. 32 Geltendmachung von Ansprüchen

¹ Sobald die Bankenkommission den Sanierungsplan genehmigt hat, ist die Bank zur Anfechtung von Rechtsgeschäften nach den Artikeln 285–292 SchKG⁸ befugt.

² Schliesst der Sanierungsplan für die Bank die Anfechtung von Rechtsgeschäften nach Absatz 1 aus, so ist dazu jeder Gläubiger in dem Umfang berechtigt, in dem der Sanierungsplan in seine Rechte eingreift.

³ Für die Berechnung der Fristen nach den Artikeln 286–288 SchKG ist der Zeitpunkt der Genehmigung des Sanierungsplans massgebend. Hat die Bankenkommission vorher eine Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h verfügt, so gilt der Zeitpunkt des Erlasses dieser Verfügung.

⁴ Für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Artikel 39 gelten die Absätze 1 und 2 sinngemäss.

Zwölfter Abschnitt: Liquidation insolventer Banken (Bankenkonzurs)**Art. 33** Anordnung der Liquidation und Ernennung der Liquidatoren

¹ Besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert, so entzieht die Bankenkommission der Bank die Bewilligung, ordnet die Liquidation an und macht diese öffentlich bekannt.

² Die Bankenkommission ernennt einen oder mehrere Liquidatoren. Diese unterstehen der Aufsicht der Bankenkommission und erstatten ihr auf Verlangen Bericht.

³ Sie orientieren die Gläubiger mindestens einmal jährlich über den Stand des Verfahrens.

Art. 34 Wirkungen und Ablauf

¹ Die Anordnung der Liquidation hat die Wirkungen einer Konkursöffnung nach den Artikeln 197–220 SchKG⁹.

² Die Liquidation ist unter Vorbehalt der nachfolgenden Bestimmungen nach den Artikeln 221–270 SchKG durchzuführen.

³ Die Bankenkommission kann abweichende Verfügungen und Anordnungen treffen.

Art. 35 Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss

¹ Eine Gläubigerversammlung findet nur statt, wenn es die Liquidatoren als angezeigt erachten.

² Die Bankenkommission kann einen Gläubigerausschuss bestimmen. Sie umschreibt dessen Aufgaben.

⁸ SR 281.1

⁹ SR 281.1

*Gliederungstitel vor Art. 36**Aufgehoben**Art. 36* Behandlung der Forderungen; Kollokationsplan

¹ Bei der Erstellung des Kollokationsplans gelten die aus den Büchern ersichtlichen Forderungen als angemeldet.

² Die Gläubiger können den Kollokationsplan einsehen, sofern und soweit es zur Wahrung ihrer Gläubigerrechte erforderlich ist; dabei ist das Berufsgeheimnis nach Artikel 47 so weit als möglich zu wahren.

Art. 37 Bei Schutzmassnahmen eingegangene Verbindlichkeiten

Verbindlichkeiten, welche die Bank während der Dauer der Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h eingehen durfte, werden im Falle einer Liquidation vor allen anderen befriedigt.

Art. 37a Kleinsteinlagen

¹ Soweit sie erreichbar sind, werden Einleger gemäss Artikel 37b mit einer fälligen Gesamtforderung von 5000 Franken oder weniger ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung möglichst rasch befriedigt.

² Die Bankenkommission kann diesen Betrag herabsetzen.

Art. 37b Privilegierte Einlagen

¹ Einlagen, die nicht auf den Inhaber lauten, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, werden bis zum Höchstbetrag von 30 000 Franken je Gläubiger der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 SchKG¹⁰ zugewiesen.

² Einlagen bei Unternehmen, welche ohne Bewilligung der Bankenkommission als Banken tätig sind, sind nicht privilegiert.

³ Steht eine Forderung mehreren Personen zu, so kann das Privileg nur einmal geltend gemacht werden.

Art. 37c Anpassung an die Geldentwertung

Der Bundesrat kann die Beträge nach den Artikeln 37a und 37b der Geldentwertung anpassen.

Art. 37d Behandlung der Depotwerte

¹ Depotwerte gemäss Artikel 16 werden bei der Liquidation der Bank nicht zur Liquidationsmasse gezogen, sondern unter Vorbehalt sämtlicher Ansprüche der Bank gegenüber dem Deponenten zu dessen Gunsten abgesondert.

¹⁰ SR 281.1

² Ist die zu liquidierende Bank selber Deponentin bei einem Dritten, so wird vermutet, die Depotwerte seien Bestände ihrer Depotkunden; sie werden gemäss Absatz 1 abgesondert.

³ Der Liquidator der Bank muss deren Depotverpflichtungen gegenüber einem Drittverwahrer sowie Verpflichtungen aus Geschäften gemäss Artikel 16 Ziffer 3 erfüllen.

Art. 37e Verteilung und Schluss des Verfahrens

¹ Die Verteilungsliste wird nicht aufgelegt.

² Nach der Verteilung legen die Liquidatoren der Bankenkommission einen Schlussbericht vor.

³ Die Bankenkommission trifft die nötigen Anordnungen zur Schliessung des Verfahrens. Sie macht die Schliessung öffentlich bekannt.

Art. 37f Koordination mit ausländischen Verfahren

¹ Bildet die Bank auch im Ausland Gegenstand von Zwangsvollstreckungsverfahren, so stimmt die Bankenkommission den Bankenkonzurs so weit als möglich mit den zuständigen ausländischen Organen ab.

² Ist ein Gläubiger in einem ausländischen Verfahren, das mit dem Bankenkonzurs in Zusammenhang steht, teilweise befriedigt worden, so ist dieser Teil nach Abzug der ihm entstandenen Kosten im schweizerischen Verfahren auf die Konkursdividende anzurechnen.

Art. 37g Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

¹ Die Bankenkommission entscheidet über die Anerkennung von Konkursdekreten und Liquidations- und Sanierungsmassnahmen, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden.

² Die Bankenkommission kann auch Konkursdekrete und Massnahmen anerkennen, welche im Staat des tatsächlichen Sitzes der Bank ausgesprochen wurden.

³ In den Kollokationsplan können auch privilegierte Gläubiger mit Wohnsitz im Ausland aufgenommen werden.

⁴ Im Übrigen sind die Artikel 166–175 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987¹¹ über das Internationale Privatrecht massgebend.

¹¹ SR 291

Dreizehnter Abschnitt: Einlagensicherung

Art. 37h Grundsatz

¹ Die Banken sorgen für die Sicherung der nach Artikel 37*b* privilegierten Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen. Banken, die solche Einlagen besitzen, sind verpflichtet, sich zu diesem Zweck der Selbstregulierung der Banken anzuschliessen.

² Die Selbstregulierung unterliegt der Genehmigung durch die Bankenkommission.

³ Die Selbstregulierung wird genehmigt, wenn sie:

- a. die Auszahlung der gesicherten Einlagen innert dreier Monate nach Einleitung von Massnahmen nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h oder des Liquidationsverfahrens nach den Artikeln 33–37*g* gewährleistet;
- b. einen Maximalbetrag von 4 Milliarden Franken für die gesamthaft ausstehenden Beitragsverpflichtungen vorsieht;
- c. sicherstellt, dass jede Bank für die Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen dauernd liquide Mittel hält, welche die gesetzliche Liquidität übersteigen.

⁴ Der Bundesrat kann den Betrag gemäss Absatz 3 Buchstabe b anpassen, sofern besondere Umstände dies erfordern.

⁵ Genügt die Selbstregulierung den Anforderungen nach den Absätzen 1–3 nicht, so regelt der Bundesrat die Einlagensicherung in einer Verordnung. Er bezeichnet namentlich den Träger der Einlagensicherung und legt die Beiträge der Banken fest.

Art. 37i Legalzession

Die im Rahmen der Selbstregulierung geschaffenen Träger der Sicherung nach Artikel 37*h* treten im Umfang ihrer Zahlungen in die Rechte der Einleger ein.

Art. 39

¹ Die Verantwortlichkeit der Gründer einer Bank, der Organe für die Geschäftsführung, Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie der von der Bank ernannten Liquidatoren und Revisionsstellen richtet sich nach den Bestimmungen des Aktienrechts (Art. 752–760 des Obligationenrechts¹²).

² Das Gleiche gilt für die von der Bankenkommission:

- a. eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, Sanierungsbeauftragten, Liquidatoren;
- b. mit einer ausserordentlichen Revision betrauten Revisionsstellen.

Art. 40–45

Aufgehoben

¹² SR 220

Art. 47 Ziff. 1

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank, als Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragter der Bankenkommission, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat,
wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht,
wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft.

II

Änderung bisherigen Rechts

Die nachstehenden Gesetze werden wie folgt geändert:

1. Bundesgesetz vom 11. April 1889¹³ über Schuldbetreibung und Konkurs*Art. 173b*

³bis, Verfahren
bei Banken

Betrifft das Konkursbegehren eine Bank oder einen Effektenhändler, so überweist das Konkursgericht die Akten an die Bankenkommission; diese verfährt nach den Artikeln 25–37g des Bankengesetzes vom 8. November 1934¹⁴.

2. Börsengesetz vom 24. März 1995¹⁵*Art. 36a* Anwendung der Bestimmungen über die Bankinsolvenz

Die Artikel 23^{quater} und 25–39 des Bankengesetzes vom 8. November 1934¹⁶ kommen auch auf die Effektenhändler zur Anwendung.

III

Übergangsbestimmungen der Änderung vom 3. Oktober 2003

¹ Die Selbstregulierung ist innert eines Jahres nach Inkrafttreten dieser Änderung der Bankenkommission zur Genehmigung einzureichen.

¹³ SR 281.1

¹⁴ SR 952.0; AS 2004 2767

¹⁵ SR 954.1

¹⁶ SR 952.0; AS 2004 2767

² Verfügt die Bankenkommission vor Inkrafttreten dieser Änderung die Liquidation einer Bank, so ist für die Liquidation sowie eine Banken- oder Nachlassstundung das bisherige Recht massgebend.

IV

Referendum und Inkrafttreten

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

Nationalrat, 3. Oktober 2003

Der Präsident: Yves Christen
Der Protokollführer: Christophe Thomann

Ständerat, 3. Oktober 2003

Der Präsident: Gian-Reto Plattner
Der Sekretär: Christoph Lanz

Ablauf der Referendumsfrist und Inkraftsetzung

¹ Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 22. Januar 2004 unbenützt abgelaufen.¹⁷

² Es wird auf den 1. Juli 2004 in Kraft gesetzt.

31. März 2004

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Joseph Deiss
Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

¹⁷ BBl 2003 6791

Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)

Modification du 3 octobre 2003

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 20 novembre 2002¹,
arrête:

I

La loi du 8 novembre 1934 sur les banques² est modifiée comme suit:

Art. 16, phrase introductive

Sont réputées valeurs déposées selon l'art. 37d: ...

Art. 23, al. 4

Abrogé

Art. 23^{quater}

¹ La Commission des banques peut charger un spécialiste indépendant d'effectuer une enquête dans une banque (chargé d'enquête) pour élucider des faits relevant de la surveillance prudentielle ou pour mettre en œuvre les mesures d'ordre prudentiel qu'elle a ordonnées.

² La Commission des banques définit les tâches du chargé d'enquête dans la décision de nomination. Elle détermine dans quelle mesure celui-ci peut agir à la place des organes de la banque.

³ La banque est tenue de donner accès à ses locaux au chargé d'enquête et de lui fournir tous les documents et tous les renseignements dont il a besoin dans l'accomplissement de ses tâches.

⁴ La banque supporte les frais liés à l'activité du chargé d'enquête. A la demande de la Commission des banques, elle verse une avance de frais.

Art. 23^{quinquies}, al. 3

³ Les mesures visées au chap. XI sont réservées.

¹ FF 2002 7476

² RS 952.0

Art. 23^{octies}

¹ La Commission des banques perçoit des émoluments pour chaque procédure de surveillance ainsi que pour les prestations qu'elle fournit. Elle perçoit en outre auprès des établissements assujettis à la surveillance une taxe annuelle de surveillance forfaitaire pour les frais non couverts par les émoluments.

² La taxe de surveillance forfaitaire se compose d'une taxe de base fixe et d'une taxe complémentaire variable.

³ La taxe de base couvre les frais de surveillance occasionnés régulièrement par tous les établissements assujettis à la surveillance, quelle que soit leur taille.

⁴ La taxe complémentaire couvre les frais dans la mesure où le produit de la taxe de base et des émoluments n'y suffit pas. Elle est fixée en fonction des frais encourus par la commission l'année précédente. Elle se calcule sur la base de critères déterminés tels que le total du bilan, le volume des transactions sur titres et la fortune nette du fonds.

⁵ Le Conseil fédéral règle les modalités; il fixe notamment:

- a. le tarif des émoluments;
- b. la répartition de la taxe de surveillance forfaitaire entre les établissements assujettis à la surveillance;
- c. le montant de la taxe de base.

Art. 24, al. 2

² Dans les procédures visées aux chapitres XI et XII, les créanciers et les propriétaires d'une banque ne peuvent recourir que contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation. Les recours au sens de l'art. 17 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)³ sont exclus dans ces procédures.

Les chapitres XI à XIII sont formulés conformément à la version suivante:

Chapitre XI Mesures en cas de risque d'insolvabilité*Art. 25 Conditions*

¹ S'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la Commission des banques, cette dernière peut ordonner:

- a. des mesures protectrices selon l'art. 26;
- b. une procédure d'assainissement selon les art. 28 à 32;
- c. la liquidation de la banque (faillite bancaire) selon les art. 33 à 37g.

³ RS 281.1

² Les mesures protectrices peuvent être ordonnées isolément ou conjointement à une procédure d'assainissement ou de liquidation.

³ Les dispositions relatives à la procédure concordataire (art. 293 à 336 LP⁴), à l'ajournement de la faillite des sociétés anonymes (art. 725 et 725a du code des obligations⁵) ainsi qu'à l'obligation d'aviser le juge (art. 729b, al. 2, du code des obligations) ne s'appliquent pas aux banques.

Art. 26 Mesures protectrices

¹ La Commission des banques peut prendre les mesures protectrices suivantes, notamment:

- a. donner des instructions aux organes de la banque;
- b. nommer un chargé d'enquête conformément à l'art. 23^{quater};
- c. retirer aux organes leur pouvoir de représentation ou les démettre de leurs fonctions;
- d. révoquer l'organe de révision au sens de la présente loi ou l'organe de révision institué par le code des obligations;
- e. limiter l'activité de la banque;
- f. interdire à la banque d'opérer des paiements, d'accepter des versements ou d'effectuer des transactions sur titres;
- g. fermer la banque;
- h. accorder un sursis ou proroger les échéances, sauf pour les créances gagées des centrales d'émission de lettres de gage.

² Elle fait publier ces mesures de manière appropriée lorsque la publication est nécessaire à l'exécution des mesures ou à la protection de tiers.

³ Le sursis déploie les effets prévus à l'art. 297 LP⁶, dans la mesure où la Commission des banques n'en décide pas autrement pour ce qui est du cours des intérêts.

Art. 27 Protection systémique

¹ Dans la mesure du possible, la Commission des banques informe les exploitants de systèmes suisses et étrangers de paiement ou de règlement des opérations sur titres des mesures qu'elle entend prendre selon l'art. 26, al. 1, let. f à h, ainsi que du moment précis de leur entrée en vigueur.

² Les ordres de paiement et de transactions sur titres qui ont été introduits dans un système avant que la Commission des banques prenne des mesures, ou avant le moment où l'exploitant du système a eu ou aurait dû avoir connaissance de ces mesures, ne peuvent être révoqués que si les règles du système le permettent.

⁴ RS 281.1

⁵ RS 220

⁶ RS 281.1

³ Les mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. f à h, ne portent pas atteinte à la validité juridique des accords conclus préalablement en matière de compensation ou de réalisation de gré à gré de sûretés, lorsque ces dernières se composent de titres ou d'autres instruments financiers négociés sur un marché représentatif.

Art. 28 Délégué à l'assainissement et gestion de la banque pendant la procédure

¹ Lorsqu'il paraît vraisemblable qu'un assainissement aboutira, la Commission des banques peut charger une personne de l'assainissement de la banque (délégué à l'assainissement). Elle définit ses tâches.

² Elle règle la manière dont la banque est gérée pendant la durée de la procédure d'assainissement.

Titre précédant l'art. 29

Abrogé

Art. 29 Plan d'assainissement

¹ Le délégué à l'assainissement élabore un plan d'assainissement qui sauvegarde au mieux les intérêts des créanciers et des propriétaires.

² Si le plan d'assainissement prévoit une atteinte aux droits des créanciers ou des propriétaires, le délégué à l'assainissement communique ce plan aux créanciers et aux propriétaires concernés. Ceux-ci peuvent faire valoir leurs objections dans un délai de 20 jours auprès du délégué à l'assainissement.

³ Le plan d'assainissement doit être soumis à la Commission des banques pour approbation. Il ne requiert pas l'approbation de l'assemblée générale de la banque.

Art. 30 Refus du plan d'assainissement

Si, dans le délai de notification des objections, des créanciers représentant selon les livres de la banque plus de la moitié des créances colloquées en troisième classe selon l'art. 219, al. 4, LP⁷, refusent le plan d'assainissement, la Commission des banques ordonne la liquidation en vertu des art. 33 à 37g.

Art. 31 Homologation du plan d'assainissement

La Commission des banques homologue le plan d'assainissement notamment s'il:

- a. se fonde sur une évaluation prudente des actifs de la banque;
- b. laisse présumer qu'il sera plus favorable aux créanciers qu'une liquidation de la banque;
- c. tient compte de manière appropriée des objections soulevées par les créanciers et les propriétaires;

⁷ RS 281.1

- d. tient compte de la priorité des intérêts des créanciers sur ceux des propriétaires, ainsi que de l'ordre de collocation des créanciers;
- e. garantit qu'après l'assainissement les conditions requises pour l'obtention d'une autorisation et les autres prescriptions légales seront respectées.

Art. 32 Prétentions

¹ Une fois que la Commission des banques a homologué le plan d'assainissement, la banque est autorisée à demander la révocation d'actes juridiques conformément aux art. 285 à 292 LP⁸.

² Si le plan d'assainissement exclut pour la banque le droit de demander la révocation d'actes juridiques prévue à l'al. 1, chaque créancier est habilité à demander une telle révocation dans les limites où le plan d'assainissement porte atteinte à ses droits.

³ Pour le calcul des délais prévus aux art. 286 à 288 LP, le moment de l'homologation du plan d'assainissement est déterminant. Si la Commission des banques a pris au préalable une mesure protectrice prévue à l'art. 26, al. 1, let. e à h, le moment où la mesure a été décidée est déterminant.

⁴ Les al. 1 et 2 s'appliquent par analogie aux prétentions en matière de responsabilité au sens de l'art. 39.

Chapitre XII Liquidation de banques insolvables (faillite bancaire)

Art. 33 Ordre de liquidation et nomination des liquidateurs

¹ A défaut de perspectives d'assainissement ou si l'assainissement a échoué, la Commission des banques retire l'autorisation de la banque, en ordonne la liquidation et publie sa décision.

² La Commission des banques nomme un ou plusieurs liquidateurs. Ceux-ci sont soumis à sa surveillance et lui font rapport à sa demande.

³ Les liquidateurs informent les créanciers au moins une fois par an de l'état de la procédure.

Art. 34 Effets et procédure

¹ La décision de liquidation déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP⁹.

² Sous réserve des dispositions qui suivent, la liquidation est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP.

³ La Commission des banques peut prendre des décisions et des mesures dérogeant à ces règles.

⁸ RS 281.1

⁹ RS 281.1

Art. 35 Assemblée des créanciers et commission de surveillance

¹ Une assemblée des créanciers n'a lieu que si les liquidateurs l'estiment opportun.

² La Commission des banques peut désigner une commission de surveillance. Elle en définit les tâches.

Titre précédant l'art. 36

Abrogé

Art. 36 Traitement des créances; état de collocation

¹ Lors de l'établissement de l'état de collocation, les créances inscrites dans les livres de la banque sont réputées avoir été produites.

² Les créanciers ne peuvent consulter l'état de collocation que dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs droits de créanciers; le secret professionnel au sens de l'art. 47 est préservé autant que possible.

Art. 37 Engagements contractés lors de mesures protectrices

En cas de liquidation, les engagements que la banque était habilitée à contracter durant la période d'exécution des mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. e à h, sont honorés avant toutes les autres créances.

Art. 37a Petits dépôts

¹ Dans la mesure où il est possible de les contacter, les déposants au sens de l'art. 37b qui disposent d'une créance totale exigible de 5000 francs au plus sont désintéressés hors de la collocation aussi rapidement que possible, toute compensation étant exclue.

² La Commission des banques peut abaisser ce montant.

Art. 37b Dépôts privilégiés

¹ Les dépôts qui ne sont pas libellés au porteur, y compris les obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, sont attribués, jusqu'à un montant maximal de 30 000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219, al. 4, LP¹⁰.

² Les dépôts auprès d'entreprises exerçant les activités d'une banque sans avoir reçu d'autorisation de la part de la Commission des banques ne jouissent d'aucun privilège.

³ Une créance n'est privilégiée qu'une fois, même si elle a plusieurs titulaires.

¹⁰ RS 281.1

Art. 37c Adaptation à la dévaluation de la monnaie

Le Conseil fédéral peut adapter les montants figurant aux art. 37a et 37b à la dévaluation de la monnaie.

Art. 37d Traitement des valeurs déposées

¹ En cas de liquidation de la banque, les valeurs déposées, au sens de l'art. 16, sont distraites de la masse en liquidation au bénéfice du déposant, sous réserve des droits de la banque à l'encontre du déposant.

² Si la banque en liquidation est elle-même dépositante auprès d'un tiers, les valeurs déposées sont présumées être celles de ses clients; elles sont dès lors distraites de la masse en liquidation, conformément à l'al. 1.

³ Le liquidateur de la banque doit remplir à l'encontre des tiers dépositaires les obligations relatives au dépôt et les obligations résultant d'opérations prévues à l'art. 16, ch. 3.

Art. 37e Distribution et fin de la procédure

¹ Le tableau de distribution n'est pas déposé.

² Après la distribution, les liquidateurs remettent un rapport final à la Commission des banques.

³ La Commission des banques prend les décisions nécessaires pour clore la procédure. Elle publie la clôture.

Art. 37f Coordination avec des procédures à l'étranger

¹ Si la banque fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée à l'étranger, la Commission des banques coordonne autant que possible la faillite bancaire avec les organes étrangers compétents.

² Lorsqu'un créancier a déjà été partiellement désintéressé dans une procédure étrangère liée à la faillite de la banque, le montant qu'il a obtenu sera imputé, après déduction des frais encourus, sur le dividende qui lui revient dans la procédure suisse.

Art. 37g Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères

¹ La Commission des banques décide de la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures de liquidation ou d'assainissement prononcées à l'étranger.

² Elle peut aussi reconnaître les décisions de faillite et les mesures prononcées dans l'Etat où la banque a son siège effectif.

³ Les créanciers privilégiés ayant leur domicile à l'étranger peuvent également être inclus dans l'état de collocation.

⁴ Au surplus, les art. 166 à 175 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé¹¹ sont applicables.

Chapitre XIII Garantie des dépôts

Art. 37h Principe

¹ Les banques veillent à garantir auprès de leurs comptoirs suisses les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37*b*. Celles qui détiennent de tels dépôts sont tenues d'adhérer à cet effet au système d'autorégulation des banques.

² Le système d'autorégulation est soumis à l'approbation de la Commission des banques.

³ Il est approuvé s'il:

- a. permet d'assurer le paiement des dépôts garantis dans un délai de trois mois après l'introduction des mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. e à h, ou après l'ouverture de la procédure de liquidation prévue aux art. 33 à 37*g*;
- b. limite à 4 milliards de francs au maximum la somme de l'ensemble des contributions dues;
- c. garantit que chaque banque dispose en permanence, en plus du montant de sa liquidité légale, de moyens liquides correspondant à la moitié des contributions auxquelles elle est tenue.

⁴ Le Conseil fédéral peut adapter le montant indiqué à l'al. 3, let. b, dans la mesure où des circonstances particulières l'exigent.

⁵ Si le système d'autorégulation ne satisfait pas aux exigences prévues aux al. 1 à 3, le Conseil fédéral règle la garantie des dépôts par voie d'ordonnance. Il désigne notamment les organismes de garantie et fixe le montant des contributions des banques.

Art. 37i Cession légale

Les organismes de garantie au sens de l'art. 37*h* mis sur pied dans le cadre du système d'autorégulation sont subrogés dans les droits des déposants à raison du montant de leurs versements.

Art 39

¹ La responsabilité des fondateurs d'une banque, celle des organes chargés de la gestion, de la direction générale, de la surveillance et du contrôle de la banque et celle des liquidateurs et des organes de révision nommés par la banque, sont régies par les dispositions du droit de la société anonyme (art. 752 à 760 du code des obligations¹²).

¹¹ RS 291

¹² RS 220

² Ces dispositions s'appliquent également:

- a. aux chargés d'enquête, aux délégués à l'assainissement et aux liquidateurs nommés par la Commission des banques;
- b. aux organes de révision auxquels la Commission des banques a confié l'exécution d'une révision extraordinaire.

Art. 40 à 45

Abrogés

Art. 47, ch. 1

1. Celui qui en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur de la banque, de chargé d'enquête ou de délégué à l'assainissement nommé par la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi,
celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel,
sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 50 000 francs au plus.

II

Modification du droit en vigueur

Les lois mentionnées ci-après sont modifiées comme suit:

1. Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite¹³

Art. 173b

^{3bis}. Procédure applicable aux banques

Si la réquisition de faillite concerne une banque ou un négociant en valeurs mobilières, le juge de la faillite transmet le dossier à la Commission des banques; celle-ci procède conformément aux art. 25 à 37g de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques¹⁴.

¹³ RS 281.1

¹⁴ RS 952.0; RO 2004 2767

2. Loi du 24 mars 1995 sur les bourses¹⁵

Art. 36a Application des dispositions relatives à l'insolvabilité bancaire

Les art. 23^{quater} et 25 à 39 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques¹⁶ s'appliquent également aux négociants en valeurs mobilières.

III

Dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003

¹ Le système d'autorégulation est soumis à l'approbation de la Commission des banques dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la présente modification.

² Si la Commission des banques décide la liquidation d'une banque avant l'entrée en vigueur de cette modification, la liquidation, le sursis bancaire ou le sursis concordataire sont régis par l'ancien droit.

IV

Référendum et entrée en vigueur

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil national, 3 octobre 2003

Conseil des Etats, 3 octobre 2003

Le président: Yves Christen

Le président: Gian-Reto Plattner

Le secrétaire: Christophe Thomann

Le secrétaire: Christoph Lanz

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 22 janvier 2004 sans avoir été utilisé.¹⁷

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

31 mars 2004

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Joseph Deiss

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

¹⁵ RS 954.1

¹⁶ RS 952.0; RO 2004 2767

¹⁷ FF 2003 6227

Legge federale sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR)

Modifica del 3 ottobre 2003

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,
visto il messaggio del Consiglio federale del 20 novembre 2002¹,
decreta:

I

La legge dell'8 novembre 1934² sulle banche è modificata come segue:

Art. 16, frase introduttiva

Per valori depositati ai sensi dell'articolo 37d della legge si intendono: ...

Art. 23 cpv. 4

Abrogato

Art. 23quater

¹ La Commissione delle banche può incaricare uno specialista indipendente di chiarire in una banca una fattispecie rilevante per il diritto di vigilanza o di attuarvi misure relative al diritto di vigilanza da essa ordinate (incaricato dell'inchiesta).

² Nella decisione di nomina, la Commissione delle banche definisce i compiti dell'incaricato dell'inchiesta. Stabilisce in che misura questi possa operare al posto degli organi della banca.

³ La banca deve garantire all'incaricato dell'inchiesta l'accesso ai suoi locali e fornirgli tutta la documentazione e le informazioni di cui ha bisogno per adempiere i suoi compiti.

⁴ Le spese dell'incaricato dell'inchiesta sono a carico della banca. Essa deve versare un anticipo su domanda della Commissione delle banche.

Art. 23quinquies cpv. 3

³ Sono fatte salve le misure di cui al capo undicesimo.

¹ FF 2002 7175

² RS 952.0

Art. 23^{octies}

¹ La Commissione delle banche riscuote emolumenti per ogni procedura di vigilanza e per i servizi che fornisce. Riscuote inoltre annualmente presso gli istituti vigilati una tassa di vigilanza forfettaria per i costi non coperti dagli emolumenti.

² La tassa di vigilanza forfettaria si compone di una tassa di base fissa e di una tassa complementare variabile.

³ La tassa di base copre i costi di vigilanza risultanti regolarmente per tutti gli istituti vigilati, indipendentemente dalla loro dimensione.

⁴ La tassa complementare copre i costi non coperti dai proventi della tassa di base e dagli emolumenti. È prelevata in base ai costi sostenuti dalla Commissione nell'anno precedente. È stabilita secondo determinati criteri come il totale del bilancio, la cifra d'affari realizzata con i valori mobiliari e il patrimonio netto del fondo.

⁵ Il Consiglio federale disciplina i particolari; stabilisce segnatamente:

- a. le aliquote degli emolumenti;
- b. la ripartizione della tassa di vigilanza forfettaria tra gli istituti vigilati;
- c. l'ammontare della tassa di base.

Art. 24 cpv. 2

² Nelle procedure previste nei capi undicesimo e dodicesimo della presente legge i creditori e i proprietari di una banca possono interporre ricorso solo contro l'omologazione del piano di risanamento e contro atti di realizzazione. In queste procedure è escluso il ricorso secondo l'articolo 17 della legge federale dell'11 aprile 1889³ sulla esecuzione e sul fallimento (LEF).

I capi dall'undicesimo al tredicesimo sono integralmente modificati come segue:

Capo undicesimo: Misure in caso di rischio d'insolvenza*Art. 25* Condizioni

¹ Se vi sono fondati timori che una banca presenti un'eccedenza di debiti o seri problemi di liquidità o se essa non adempie le prescrizioni relative ai fondi propri alla scadenza del termine fissato dalla Commissione delle banche, quest'ultima può ordinare:

- a. misure di protezione conformemente all'articolo 26;
- b. una procedura di risanamento conformemente agli articoli 28–32;
- c. la liquidazione della banca (fallimento della banca) conformemente agli articoli 33–37g.

² Le misure di protezione possono essere ordinate indipendentemente o in relazione a un risanamento o a una liquidazione.

³ RS 281.1

³ Le disposizioni concernenti la procedura concordataria (art. 293–336 LEF⁴), la moratoria nel diritto della società anonima (art. 725–725a del Codice delle obbligazioni⁵) e l’avviso al giudice (art. 729b cpv. 2 del Codice delle obbligazioni) non sono applicabili alle banche.

Art. 26 Misure di protezione

¹ La Commissione delle banche può decidere misure di protezione; in particolare può:

- a. impartire istruzioni agli organi della banca;
- b. designare un incaricato dell’inchiesta conformemente all’articolo 23^{quater};
- c. privare gli organi della facoltà di rappresentanza o revocarli;
- d. revocare l’ufficio di revisione secondo la presente legge o secondo il Codice delle obbligazioni;
- e. limitare l’attività operativa della banca;
- f. vietare alla banca di effettuare versamenti, di accettare pagamenti o di effettuare transazioni di valori mobiliari;
- g. chiudere la banca;
- h. concedere una moratoria e una proroga delle scadenze, tranne che per i crediti coperti da pegno delle centrali di emissione di obbligazioni fondiarie.

² La Commissione delle banche provvede a una pubblicazione adeguata delle misure se è necessario per attuarle o per proteggere terzi.

³ Se la Commissione delle banche non decide altrimenti circa il corso degli interessi, una moratoria ha gli effetti previsti nell’articolo 297 LEF⁶.

Art. 27 Protezione del sistema

¹ La Commissione delle banche informa, se possibile, i gestori di sistemi svizzeri ed esteri di pagamento o di regolamento di transazioni di valori mobiliari sulle misure che intende prendere conformemente all’articolo 26 capoverso 1 lettere f–h e sul momento preciso della loro entrata in vigore.

² Gli ordini di pagamento e di transazioni di valori mobiliari inseriti in un sistema prima che la Commissione delle banche abbia ordinato misure o prima che il gestore del sistema ne abbia preso atto o ne avrebbe dovuto prendere atto possono essere revocati solo se non sono irrevocabili secondo le regole del sistema.

³ La vincolatività giuridica di precedenti accordi di compensazione o di realizzazione mediante trattative private di garanzie sotto forma di valori mobiliari o di altri strumenti finanziari negoziati su un mercato rappresentativo rimane impregiudicata dalle misure di cui all’articolo 26 capoverso 1 lettere f–h.

⁴ RS 281.1

⁵ RS 220

⁶ RS 281.1

Art. 28 Incaricato del risanamento e direzione durante la procedura

¹ Se vi sono buone prospettive di risanamento, la Commissione delle banche può incaricare una persona di risanare la banca (incaricato del risanamento). Essa ne definisce i compiti.

² La Commissione delle banche regola la direzione della banca per tutta la durata della procedura di risanamento.

Titolo prima dell'art. 29

Abrogato

Art. 29 Piano di risanamento

¹ L'incaricato del risanamento elabora un piano di risanamento che tuteli al meglio gli interessi dei creditori e dei proprietari.

² Se prevede un'ingerenza nei diritti dei creditori o dei proprietari, il piano di risanamento viene reso noto dall'incaricato del risanamento ai creditori e proprietari interessati. Essi possono sollevare obiezioni entro 20 giorni presso l'incaricato del risanamento.

³ Il piano di risanamento deve essere sottoposto alla Commissione delle banche per omologazione. Non abbisogna dell'approvazione dell'assemblea generale della banca.

Art. 30 Rifiuto del piano di risanamento

Se creditori che rappresentano più della metà dell'ammontare complessivo dei crediti allibrati che rientrano nella terza classe secondo l'articolo 219 capoverso 4 LEF⁷ rifiutano il piano di risanamento entro il termine di notifica delle obiezioni, la Commissione delle banche ordina la liquidazione conformemente agli articoli 33–37g.

Art. 31 Omologazione del piano di risanamento

La Commissione delle banche omologa il piano di risanamento se esso:

- a. si basa su una valutazione prudente degli attivi della banca;
- b. pone presumibilmente i creditori in una posizione migliore che non con una liquidazione della banca;
- c. tiene conto adeguatamente delle obiezioni dei creditori e dei proprietari;
- d. tiene conto della priorità degli interessi dei creditori rispetto a quelli dei proprietari e del grado dei creditori;
- e. garantisce l'osservanza delle condizioni di autorizzazione e delle altre disposizioni legali dopo l'esecuzione del risanamento.

⁷ RS 281.1

Art. 32 Esercizio di pretese

¹ Non appena la Commissione delle banche ha omologato il piano di risanamento, la banca ha il diritto di domandare la revocazione di negozi giuridici conformemente agli articoli 285–292 LEF⁸.

² Se il piano di risanamento esclude per la banca il diritto di domandare la revocazione di negozi giuridici conformemente al capoverso 1, tale revocazione può essere chiesta da ogni creditore nella misura in cui il piano di risanamento attenti ai suoi diritti.

³ Per il calcolo dei termini conformemente agli articoli 286–288 LEF è determinante il momento dell'omologazione del piano di risanamento. Se la Commissione della banche ha precedentemente deciso una misura di protezione conformemente all'articolo 26 capoverso 1 lettere e–h, fa stato il momento dell'emanazione di questa decisione.

⁴ Per l'esercizio di pretese fondate sulla responsabilità conformemente all'articolo 39, i capoversi 1 e 2 si applicano per analogia.

**Capo dodicesimo:
Liquidazione di banche insolventi (fallimento di banche)***Art. 33* Ordine di liquidazione e nomina dei liquidatori

¹ Se non vi è alcuna prospettiva di risanamento o se il risanamento è fallito, la Commissione delle banche revoca alla banca l'autorizzazione a esercitare, ordina la liquidazione e la rende pubblicamente nota.

² La Commissione delle banche nomina uno o più liquidatori. Essi sottostanno alla sua vigilanza e su richiesta le fanno rapporto.

³ I liquidatori informano i creditori almeno una volta l'anno sullo stato della procedura.

Art. 34 Effetti e svolgimento

¹ L'ordine di liquidazione ha gli effetti di una dichiarazione di fallimento secondo gli articoli 197–220 LEF⁹.

² Fatte salve le disposizioni seguenti, la liquidazione deve essere effettuata conformemente agli articoli 221–270 LEF.

³ La Commissione delle banche può prendere decisioni e disposizioni derogatorie.

⁸ RS 281.1

⁹ RS 281.1

Art. 35 Assemblea dei creditori e comitato dei creditori

¹ Ha luogo un'assemblea dei creditori solo se i liquidatori lo ritengono opportuno.

² La Commissione delle banche può designare un comitato di creditori. Ne stabilisce i compiti.

*Titolo prima dell'art. 36**Abrogato**Art. 36* Trattamento dei crediti; graduatoria

¹ Nella formazione della graduatoria, i crediti allibrati sono considerati insinuati.

² Per quanto sia necessario per tutelare i loro diritti, i creditori possono prendere visione della graduatoria; al riguardo deve essere salvaguardato nella misura del possibile il segreto professionale secondo l'articolo 47.

Art. 37 Impegni assunti con le misure di protezione

Gli impegni che la banca ha legittimamente assunto per la durata delle misure di cui all'articolo 26 capoverso 1 lettere e–h sono soddisfatti, in caso di liquidazione, prima di tutti gli altri.

Art. 37a Piccoli depositi

¹ Se sono raggiungibili, i depositanti di cui all'articolo 37b con un credito complessivo esigibile fino a 5000 franchi vengono soddisfatti il più rapidamente possibile fuori dalla graduatoria ed escludendo qualsiasi compensazione.

² La Commissione delle banche può ridurre questo importo.

Art. 37b Depositi privilegiati

¹ I depositi che non sono al portatore, comprese le obbligazioni di cassa, depositati presso una banca a nome del depositante, sono collocati, sino all'importo massimo di 30 000 franchi per creditore, nella seconda classe secondo l'articolo 219 capoverso 4 LEF¹⁰.

² I depositi presso imprese che operano in qualità di banche senza autorizzazione da parte della Commissione delle banche non sono privilegiati.

³ Qualora di un credito siano titolari più persone, il privilegio può essere esercitato una sola volta.

Art. 37c Adeguamento alla svalutazione monetaria

Il Consiglio federale può adeguare gli importi di cui agli articoli 37a e 37b alla svalutazione monetaria.

¹⁰ RS 281.1

Art. 37d Trattamento dei valori depositati

¹ In caso di liquidazione della banca, i valori depositati ai sensi dell'articolo 16 sono defalcati dalla massa, a favore del depositante, fatti salvi i diritti della banca nei confronti di costui.

² Se la banca in liquidazione è essa stessa depositante presso un terzo, si presume che i valori depositati appartengano ai clienti depositanti; essi sono quindi defalcati dalla massa conformemente al capoverso 1.

³ Il liquidatore della banca deve adempiere nei confronti di un terzo depositario gli obblighi relativi al deposito e quelli derivanti da operazioni giuste l'articolo 16 numero 3.

Art. 37e Ripartizione e chiusura della procedura

¹ Lo stato di ripartizione non è depositato.

² Dopo la ripartizione, i liquidatori presentano un rapporto finale alla Commissione delle banche.

³ La Commissione delle banche prende le disposizioni necessarie per chiudere la procedura. Rende pubblicamente nota la chiusura.

Art. 37f Coordinamento con le procedure estere

¹ Se la banca è oggetto di una procedura di esecuzione forzata anche all'estero, la Commissione delle banche coordina il fallimento della banca per quanto possibile con i competenti organi esteri.

² Se un creditore è già stato parzialmente tacitato in una procedura estera connessa al fallimento della banca, tale parte, dedotte le spese, è imputata al dividendo che gli spetta nella procedura svizzera.

Art. 37g Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri

¹ La Commissione delle banche decide in merito al riconoscimento di decreti di fallimento e di misure di liquidazione e di risanamento pronunciati all'estero nei confronti di banche.

² La Commissione delle banche può riconoscere anche decreti di fallimento e misure che sono stati pronunciati nello Stato in cui la banca ha la sua sede effettiva.

³ Nella graduatoria possono essere menzionati anche creditori privilegiati con domicilio all'estero.

⁴ Per il rimanente si applicano gli articoli 166–175 della legge federale del 18 dicembre 1987¹¹ sul diritto internazionale privato.

¹¹ RS 291

Capo tredicesimo: Garanzia dei depositi

Art. 37h Principio

¹ Le banche si impegnano a garantire i depositi privilegiati conformemente all'articolo 37*b* presso le succursali svizzere. Le banche che possiedono tali depositi sono obbligate ad aderire a tal fine all'autodisciplina delle banche.

² L'autodisciplina deve essere approvata dalla Commissione delle banche.

³ L'autodisciplina è approvata se:

- a. assicura il pagamento dei depositi garantiti entro tre mesi dall'avvio delle misure di cui all'articolo 26 capoverso 1 lettere e–h o della procedura di liquidazione di cui agli articoli 33–37*g*.;
- b. prevede un importo massimo di 4 miliardi di franchi per tutti gli impegni contributivi in sospenso;
- c. assicura che ogni banca tenga, per la metà dei suoi impegni contributivi, una liquidità costante che supera la liquidità legale.

⁴ Il Consiglio federale può adeguare l'importo di cui al capoverso 3 lettera b se particolari circostanze lo esigono.

⁵ Se l'autodisciplina non soddisfa le condizioni di cui ai capoversi 1–3, il Consiglio federale disciplina la garanzia dei depositi in un'ordinanza. Stabilisce in particolare il responsabile della garanzia dei depositi e fissa i contributi delle banche.

Art. 37i Cessione legale

I responsabili della garanzia di cui all'articolo 37*h*, stabiliti nell'ambito dell'autodisciplina, subentrano nei diritti dei depositanti per l'ammontare dei loro pagamenti.

Art 39

¹ La responsabilità dei fondatori di una banca, degli organi di gestione, direzione generale, vigilanza e controllo come pure dei liquidatori e degli uffici di revisione nominati dalla banca è retta dalle disposizioni del diritto della società anonima (art. 752–760 del Codice delle obbligazioni¹²).

² Lo stesso vale per:

- a. gli incaricati delle inchieste, gli incaricati del risanamento e i liquidatori designati dalla Commissione delle banche;
- b. gli uffici di revisione incaricati di una revisione straordinaria dalla Commissione delle banche.

Art. 40–45

Abrogati

¹² RS 220

Art. 47 n. 1

1. Chiunque rivela un segreto, che gli è confidato o di cui ha notizia nella sua qualità di membro di un organo, impiegato, mandatario o liquidatore di una banca, incaricato di un'inchiesta o incaricato del risanamento dalla Commissione delle banche, membro di un organo o impiegato di un ufficio di revisione riconosciuto, ovvero tenta di indurre a siffatta violazione del segreto professionale, è punito con la detenzione fino a sei mesi o con la multa fino a 50 000 franchi.

II

Modifica del diritto vigente

Le seguenti leggi sono modificate come segue:

1. Legge federale dell'11 aprile 1889¹³ sulla esecuzione e sul fallimento*Art. 173b*

^{3bis}. Procedura
per le banche

Se la domanda di fallimento concerne una banca o un commerciante di valori mobiliari, il giudice del fallimento trasmette gli atti alla Commissione delle banche; essa procede conformemente agli articoli 25–37g della legge dell'8 novembre 1934¹⁴ sulle banche.

2. Legge del 24 marzo 1995¹⁵ sulle borse*Art. 36a* Applicazione delle disposizioni sull'insolvenza bancaria

Gli articoli 23^{quater} e 25–39 della legge dell'8 novembre 1934¹⁶ sulle banche si applicano anche al commercio di valori mobiliari.

III

Disposizioni transitorie della modifica del 3 ottobre 2003

¹ Entro un anno dall'entrata in vigore della presente modifica, l'autodisciplina deve essere presentata alla Commissione delle banche per approvazione.

² Se la Commissione delle banche decide la liquidazione di una banca prima dell'entrata in vigore della presente modifica, per la liquidazione così come per la moratoria per le banche o la moratoria concordataria è determinante il diritto anteriore.

¹³ RS 281.1

¹⁴ RS 952.0; RU 2004 2767

¹⁵ RS 954.1

¹⁶ RS 952.0; RU 2004 2767

IV

Referendum ed entrata in vigore

- ¹ La presente legge sottostà al referendum facoltativo.
² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

Consiglio nazionale, 3 ottobre 2003

Il presidente: Yves Christen
Il segretario: Christophe Thomann

Consiglio degli Stati, 3 ottobre 2003

Il presidente: Gian-Reto Plattner
Il segretario: Christoph Lanz

Referendum inutilizzato ed entrata in vigore

- ¹ Il termine di referendum per la presente legge è scaduto inutilizzato il 22 gennaio 2004.¹⁷
² La presente legge entra in vigore il 1° luglio 2004.

31 marzo 2004

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Joseph Deiss
La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

¹⁷ FF 2003 5931

Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV)

Änderung vom 30. September 2005

*Der Schweizerische Bundesrat
verordnet:*

I

Die Bankenverordnung vom 17. Mai 1972¹ wird wie folgt geändert:

Art. 16 Abs. 1 Bst. c, e, f und h

¹ Als liquide Aktiven (Liquidität) im Sinne von Artikel 4 des Gesetzes gelten zum Buchwert:

- c. Schuldverschreibungen inländischer Schuldner, die an einem repräsentativen Markt gehandelt werden, mit Ausnahme von eigenen Schuldverschreibungen der Bank sowie solcher von Gesellschaften, die mit der Bank eine wirtschaftliche Einheit bilden;
- e. *Betrifft nur den französischen und italienischen Text*
- f. *Betrifft nur den französischen und italienischen Text*
- h. Kontokorrent-Debitoren und die innerhalb eines Monats fälligen festen Vorschüsse, die durch Werte gemäss Buchstaben b und c gedeckt sind;

Art. 16a Bst. b

Betrifft nur den französischen und italienischen Text

Art. 19 Zusatzliquidität

¹ Die Banken, die privilegierte Einlagen nach Artikel 37b des Gesetzes besitzen, müssen neben der Liquidität nach Artikel 18 im Umfange ihrer Sicherstellungspflicht nach Artikel 37h Absatz 3 des Gesetzes zusätzliche liquide Aktiven nach Artikel 16 halten.

² Die Banken melden der Bankenkommission im Rahmen des allgemeinen Meldewesens die Summe:

- a. der per Abschluss des Geschäftsjahres in den Bilanzpositionen nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 ausgewiesenen Einlagen;

¹ SR 952.02

- b. der Einlagen nach Buchstabe a, die nach den Artikeln 37b des Gesetzes und 23 der Bankenkonkursverordnung vom 30. Juni 2005² privilegiert sind;
- c. der Einlagen nach Buchstabe b, die pro Einleger nicht mehr als 5000 Franken betragen.

³ Die Bankenkommission berechnet gestützt auf die nach Absatz 2 Buchstabe b gemeldeten Angaben die erforderliche Zusatzliquidität und teilt diese den einzelnen Banken mit.

⁴ Die Zusatzliquidität ist jeweils ab dem 1. Juli anteilmässig sicherzustellen

⁵ Die Bankenkommission kann ausnahmsweise verlangen, dass einzelne Banken den nach Absatz 2 Buchstabe b zu meldenden Betrag in geeigneter Weise offen legen, wenn dies zum Schutz der nicht privilegierten Gläubiger als notwendig erscheint.

Gliederungstitel vor Art. 55

15. Einlagensicherung

Art. 55 Mitteilungspflicht

¹ Die Bankenkommission teilt die Anordnung einer Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h des Gesetzes oder die Eröffnung des Bankenkurses nach Artikel 33 des Gesetzes dem Träger der Einlagensicherung mit und informiert ihn über die letzten nach Artikel 19 Absatz 2 Buchstaben b und c gemeldeten Angaben.

² Sie kann die Mitteilung unterlassen, solange im Rahmen einer Sanierung:

- a. begründete Aussicht besteht, dass die angeordneten Schutzmassnahmen wieder aufgehoben werden; oder
- b. die nach Artikel 37b des Gesetzes und Artikel 23 der Bankenkonkursverordnung vom 30. Juni 2005³ privilegierten Forderungen von den angeordneten Schutzmassnahmen nicht betroffen sind.

Art. 56 Frist

¹ Die Frist für die Auszahlung der nach Artikel 37h des Gesetzes gesicherten Einlagen beträgt drei Monate.

² Sie beginnt mit der Mitteilung an den Träger der Einlagensicherung.

³ Sie beginnt nicht oder wird unterbrochen, solange die Anordnung nach Artikel 55 Absatz 1 nicht vollstreckbar ist.

² SR 952.812.32

³ SR 952.812.32

Art. 57 Auszahlungsplan

¹ Der von der Bankenkommission eingesetzte Konkursliquidator, Sanierungs- oder Untersuchungsbeauftragte (Beauftragter) erstellt einen Auszahlungsplan mit den aus den Büchern ersichtlichen Forderungen, die nach Artikel 37*b* des Gesetzes und Artikel 23 der Bankenkonzernverordnung vom 30. Juni 2005⁴ als privilegierte Einlagen gelten und nicht nach Artikel 37*a* des Gesetzes befriedigt werden.

² Der Beauftragte ist nicht verpflichtet, die aufgrund der Bücher in den Auszahlungsplan aufzunehmenden Forderungen zu prüfen. Offensichtlich unberechtigte Forderungen werden nicht in den Auszahlungsplan aufgenommen.

³ Der Träger der Einlagensicherung kann beim Beauftragten Einsicht in den Auszahlungsplan nehmen.

Art. 58 Auszahlung der gesicherten Einlagen

¹ Der Träger der Einlagensicherung stellt dem Beauftragten den zur Auszahlung notwendigen Betrag zur Verfügung. Der Beauftragte zahlt die privilegierten Einlagen aus.

² Genügt dieser Betrag nicht zur Auszahlung sämtlicher im Auszahlungsplan aufgenommenen Forderungen, so erfolgt die Auszahlung anteilmässig.

Art. 59 Anspruch der Einleger

Nach Ablauf der Frist nach Artikel 56 haben die Einleger gegenüber dem Träger der Einlagensicherung einen Anspruch auf Auszahlung ihrer nach Artikel 37*h* des Gesetzes gesicherten Einlagen.

*Gliederungstitel vor Art. 62***16. Schlussbestimmungen***Art. 62* Übergangsbestimmungen der Änderung vom 30. September 2005

¹ Die Bankenkommission legt die vom 1. Januar 2006 bis 30. Juni 2007 sicherzustellende Zusatzliquidität nach Artikel 19 gestützt auf die für das Geschäftsjahr 2004 in den Bilanzpositionen nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffer 2.3–2.5 ausgewiesenen Einlagen fest.

² Die Beträge nach Artikel 19 Absatz 2 sind erstmals für das Jahr 2006 zu melden.

³ Die Bankenkommission kann die Fristen nach den Absätzen 1 und 2 um ein Jahr verlängern oder einzelnen Banken eine Sonderregelung bewilligen.

⁴ Die Revisionsstelle hat diese Beträge erstmals im Rahmen der Revision der Jahresrechnung 2007 zu prüfen.

⁴ SR 952.812.32

Art. 63 Sachüberschrift und Abs. 2

Inkrafttreten

² *Aufgehoben*

II

Die Schlussbestimmungen der Änderung vom 23. August 1989⁵, der Änderung vom 4. Dezember 1989⁶, der Änderung vom 12. Dezember 1994⁷, der Änderung vom 29. November 1995⁸ und der Änderung vom 8. Dezember 1997⁹ werden aufgehoben.

III

Die Börsenverordnung vom 2. Dezember 1996¹⁰ wird wie folgt geändert:

Art. 29 Sachüberschrift

Eigenmittel, Risikoverteilung und Rechnungslegung

(Art. 12–14 und 16 BEHG)

Art. 29a

Einlagensicherung

(Art. 17, Art. 19 und 36a BEHG)

¹ Für Effekthändler, die Zusatzliquidität nach Artikel 37h Absatz 3 des Bankengesetzes vom 8. November 1934¹¹ sicherzustellen haben, gilt Artikel 19 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972¹².

² Die Revisionsstelle prüft im Rahmen ihrer Revisionstätigkeit, ob die notwendige Zusatzliquidität vorhanden ist, und hält das Prüfergebnis in ihrem Revisionsbericht fest.

⁵ AS 1989 1772

⁶ AS 1989 2542

⁷ AS 1995 253

⁸ AS 1996 45

⁹ AS 1998 16

¹⁰ SR 954.11

¹¹ SR 952.0

¹² SR 952.02; AS 2005 4849

IV

Diese Änderung tritt am 1. Januar 2006 in Kraft.

30. September 2005

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Samuel Schmid
Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (Ordonnance sur les banques, OB)

Modification du 30 septembre 2005

*Le Conseil fédéral suisse
arrête:*

I

L'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques¹ est modifiée comme suit:

Art. 16, al. 1, let. c, e, f et h

¹ Sont réputés actifs disponibles (liquidités) selon l'art. 4 de la loi, pour leur valeur comptable:

- c. les titres de créance de débiteurs domestiques négociés sur un marché représentatif, à l'exception des propres titres de la banque et des sociétés formant avec elle une entité économique;
- e. les titres de créance d'Etats étrangers et d'autres collectivités de droit public négociés sur un marché représentatif;
- f. les titres de créance et les acceptations de banques étrangères de premier ordre ainsi que d'autres titres équivalents jusqu'à six mois d'échéance;
- h. les comptes courants débiteurs et les avances à terme fixe jusqu'à un mois d'échéance, garantis par des valeurs selon les let. b et c;

Art. 16a, let. b

Les actifs disponibles suivants, jusqu'à un mois d'échéance, doivent être compensés:

- b. les titres de créance, dans la mesure où ils ne sont pas pris en compte selon l'art. 16;

Art. 19 Liquidités complémentaires

¹ Les banques qui détiennent des dépôts privilégiés au sens de l'art. 37b de la loi doivent disposer, en plus des liquidités de l'art. 18, d'actifs disponibles supplémentaires au sens de l'art. 16 dans la mesure de leur obligation de garantie au sens de l'art. 37h, al. 3, de la loi.

¹ RS 952.02

² Les banques communiquent à la Commission des banques, dans le cadre du système d'annonce général, la somme:

- a. des dépôts inscrits selon l'art. 25, al. 1, dans les rubriques 2.3 à 2.5 du bilan, pour la fin de chaque exercice;
- b. des dépôts inscrits au bilan selon la let. a et qui sont privilégiés selon les art. 37b de la loi et 23 de l'ordonnance du 30 juin 2005 sur la faillite bancaire²;
- c. des dépôts privilégiés selon la let. b qui ne dépassent pas 5000 francs par déposant.

³ La Commission des banques calcule, sur la base des données communiquées selon l'al. 2, let. b, les liquidités complémentaires nécessaires et les communique à chaque banque.

⁴ Les liquidités complémentaires doivent être garanties proportionnellement dès le 1^{er} juillet.

⁵ La Commission des banques peut exceptionnellement exiger d'une banque qu'elle publie de manière appropriée le montant à annoncer selon l'al. 2, let. b, si cela paraît nécessaire à la protection des créanciers non privilégiés.

Titre précédant l'art. 55

15. Garantie des dépôts

Art. 55 Devoir de communication

¹ La Commission des banques communique à l'organisme de garantie des dépôts le prononcé de mesures protectrices au sens de l'art. 26, al. 1, let. e à h, de la loi ou l'ouverture de la faillite bancaire au sens de l'art. 33 de la loi et l'informe des dernières données communiquées selon l'art. 19, al. 2, let. b et c.

² Elle peut s'abstenir de cette communication aussi longtemps que, dans le cadre d'un assainissement:

- a. il existe une perspective fondée que les mesures protectrices ordonnées seront levées, ou
- b. les créances privilégiées au sens des art. 37b de la loi et 23 de l'ordonnance du 30 juin 2005 sur la faillite bancaire³ ne sont pas affectées par les mesures protectrices ordonnées.

Art. 56 Délai

¹ Le délai pour assurer le paiement des dépôts garantis par l'art. 37h de la loi est de trois mois.

² Il commence à courir dès la communication à l'organisme de garantie des dépôts.

² RS 952.812.32

³ RS 952.812.32

³ Il ne commence pas à courir ou est interrompu aussi longtemps que la décision selon l'art. 55, al. 1, n'est pas exécutoire.

Art. 57 Plan de remboursement

¹ Le liquidateur, le chargé d'assainissement ou le chargé d'enquête (mandataire) nommé par la Commission des banques dresse un plan de remboursement comprenant les créances inscrites dans les livres de la banque qui sont considérées comme dépôts privilégiés au sens des art. 37b de la loi et 23 de l'ordonnance du 30 juin 2005 sur la faillite bancaire⁴ et ne sont pas remboursées selon l'art. 37a de la loi.

² Aucune obligation n'incombe au mandataire de vérifier les créances à inscrire dans le plan de remboursement sur la base des livres de la banque. Les créances manifestement injustifiées ne sont pas inscrites dans le plan de remboursement.

³ L'organisme de garantie des dépôts peut consulter le plan de remboursement auprès du mandataire.

Art. 58 Remboursement des dépôts garantis

¹ L'organisme de garantie des dépôts met à la disposition du mandataire le montant nécessaire au remboursement. Le mandataire rembourse les dépôts privilégiés.

² Si le montant mis à disposition ne suffit pas à rembourser l'ensemble des créances inscrites dans le plan de remboursement, le paiement de chacune d'elles est effectué de manière proportionnelle.

Art. 59 Droits des déposants

A l'échéance du délai fixé à l'art. 56, les déposants disposent envers l'organisme de garantie des dépôts d'un droit au remboursement de leurs dépôts garantis au sens de l'art. 37h de la loi.

Titre précédant l'art. 62

16. Dispositions finales

Art. 62 Dispositions transitoires de la modification du 30 septembre 2005

¹ La Commission des banques fixe les liquidités complémentaires selon l'art. 19 à garantir du 1^{er} janvier 2006 au 30 juin 2007 sur la base des dépôts inscrits pour l'exercice 2004 dans les rubriques du bilan selon l'art. 25, al. 1, ch. 2.3 à 2.5.

² Les montants prévus à l'art. 19, al. 2, doivent être communiqués la première fois pour l'année 2006.

³ La Commission des banques peut prolonger d'un an les délais des al. 1 et 2 ou décider d'un régime spécial pour certaines banques.

⁴ RS 952.812.32

⁴ La société d'audit doit vérifier ces montants la première fois dans le cadre de la révision des comptes annuels 2007.

Art. 63, titre et al. 2

Entrée en vigueur

² *Abrogé*

II

Les dispositions finales de la modification du 1^{er} décembre 1980⁵, de la modification du 23 août 1989⁶, de la modification du 4 décembre 1989⁷, de la modification du 12 décembre 1994⁸, de la modification du 29 novembre 1995⁹ et de la modification du 8 décembre 1997¹⁰ sont abrogées.

III

L'ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses¹¹ est modifiée comme suit:

Art. 29, titre

Fonds propres, répartition des risques et établissement des comptes
(art. 12 à 14 et 16 LBVM)

Art. 29a

Garantie des dépôts
(art. 17, 19 et 36a LBVM)

¹ L'art. 19 de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques¹² est applicable aux négociants en valeurs mobilières qui doivent garantir des liquidités complémentaires selon l'art. 37h al. 3 de la loi sur les banques¹³.

² La société d'audit examine, dans le cadre de son activité de révision, si les liquidités complémentaires nécessaires sont disponibles et elle expose le résultat de cet examen dans son rapport d'audit.

⁵ RO 1980 1814

⁶ RO 1989 1772

⁷ RO 1989 2542

⁸ RO 1995 253

⁹ RO 1996 45

¹⁰ RO 1998 16

¹¹ RS 954.11

¹² RS 952.02; RO 2005 4849

¹³ RS 952.0

IV

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

30 septembre 2005

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Samuel Schmid

La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

**Ordinanza
su le banche e le casse di risparmio
(Ordinanza sulle banche, OBCR)**

Modifica del 30 settembre 2005

*Il Consiglio federale svizzero
ordina:*

I

L'ordinanza del 17 maggio 1972¹ sulle banche è modificata come segue:

Art. 16 cpv. 1 lett. c, e, f e h

¹ Come attivi disponibili (liquidità) ai sensi dell'articolo 4 della legge valgono al valore contabile:

- c. titoli di credito di debitori svizzeri negoziati su un mercato rappresentativo, ad eccezione dei propri titoli della banca e di quelli appartenenti a società costituenti con la banca un'entità economica;
- e. titoli di credito di Stati esteri e di altri enti di diritto pubblico, se sono negoziati su un mercato rappresentativo;
- f. titoli di credito e accettazioni di banche estere di primo ordine e valori analoghi, scadenti entro sei mesi;
- h. conti correnti debitori e anticipazioni fisse, scadenti entro un mese e coperti da valori ai sensi delle lettere b e c;

Art. 16a lett. b

I seguenti attivi disponibili sono da compensare se scadono entro il termine di un mese:

- b. titoli di credito, fintanto che non sono contabilizzati nell'articolo 16;

Art. 19 Liquidità supplementare

¹ Le banche che detengono depositi privilegiati ai sensi dell'articolo 37b della legge devono disporre, oltre alla liquidità dell'articolo 18, di attivi disponibili supplementari ai sensi dell'articolo 16, equivalenti al loro obbligo di garanzia secondo l'articolo 37h capoverso 3 della legge.

² Le banche comunicano alla Commissione delle banche, nell'ambito delle generali procedure di notifica, la somma:

¹ **RS 952.02**

- a. dei depositi iscritti alla chiusura dell'esercizio nelle poste del bilancio di cui all'articolo 25 capoverso 1 numeri 2.3–2.5;
- b. dei depositi secondo la lettera a che sono privilegiati conformemente agli articoli 37*b* della legge e 23 dell'ordinanza del 30 giugno 2005² sul fallimento bancario;
- c. dei depositi privilegiati secondo la lettera b che non superano 5000 franchi per deponente.

³ La Commissione delle banche calcola, sulla base dei dati notificati conformemente al capoverso 2 lettera b, le liquidità supplementari necessarie e le comunica a ogni banca.

⁴ Le liquidità supplementari devono essere garantite proporzionalmente a partire dal 1° luglio

⁵ La Commissione delle banche può eccezionalmente esigere che una banca pubblici in maniera appropriata la somma comunicata secondo il capoverso 2 lettera b, se tale misura appare necessaria per tutelare i creditori non privilegiati.

Titolo prima dell'art. 55

15. Garanzia dei depositi

Art. 55 Obbligo di comunicazione

¹ La Commissione delle banche comunica al responsabile della garanzia dei depositi la disposizione delle misure di protezione secondo l'articolo 26 capoverso 1 lettere e-h della legge o la dichiarazione del fallimento bancario secondo l'articolo 33 della legge e lo informa sugli ultimi dati comunicati secondo l'articolo 19 capoverso 2 lettere b e c.

² Può rinunciare a tale comunicazione fintanto che nell'ambito di un risanamento:

- a. vi è fondato motivo di ritenere che le misure di protezione decise saranno revocate; o
- b. i crediti privilegiati secondo gli articoli 37*b* della legge e 23 dell'ordinanza del 30 giugno 2005³ sul fallimento bancario non sono colpiti dalle misure di protezione.

Art. 56 Termine

¹ Il termine per il pagamento dei depositi garantiti secondo l'articolo 37*h* della legge è di tre mesi.

² Il termine decorre a partire dalla comunicazione al responsabile della garanzia dei depositi.

² RS 952 812.32

³ RS 952 812.32

³ Non decorre o è interrotto fintanto che la disposizione secondo l'articolo 55 capoverso 1 non è eseguibile.

Art. 57 Piano di pagamento

¹ Il liquidatore, l'incaricato del risanamento o l'incaricato dell'inchiesta (il mandatario) nominato dalla Commissione delle banche allestisce un piano di pagamento indicante i crediti allibrati che sono considerati privilegiati ai sensi degli articoli 37*b* della legge e 23 dell'ordinanza del 30 giugno 2005⁴ sul fallimento bancario e non sono compensati secondo l'articolo 37*a* della legge.

² Il mandatario non è tenuto a verificare i crediti allibrati da inserire nel piano di pagamento. I crediti manifestamente ingiustificati non sono iscritti nel piano di pagamento.

³ Il responsabile della garanzia dei depositi può consultare il piano di pagamento presso il mandatario.

Art. 58 Pagamento dei depositi garantiti

¹ Il responsabile della garanzia dei depositi mette a disposizione del mandatario l'importo necessario al pagamento. Il mandatario rimborsa i depositi privilegiati.

² Se tale importo non è sufficiente al pagamento di tutti i crediti iscritti nel piano di pagamento, i singoli importi sono versati proporzionalmente.

Art. 59 Diritto dei depositanti

Decorso il termine di cui all'articolo 56, i depositanti hanno nei confronti del responsabile della garanzia dei depositi di un diritto al rimborso dei loro depositi garantiti secondo l'articolo 37*h* della legge.

Titolo prima dell'art. 62

16. Disposizioni finali

Art. 62 Disposizioni transitorie della modifica del 30 settembre 2005

¹ La Commissione delle banche stabilisce le liquidità supplementari secondo l'articolo 19 che devono essere garantite dal 1° gennaio 2006 al 30 giugno 2007 sulla base dei depositi iscritti per l'esercizio 2004 nelle poste del bilancio di cui all'articolo 25 capoverso 1 numeri 2.3–2.5.

² Gli importi di cui all'articolo 19 capoverso 2 devono essere notificati per la prima volta nel 2006.

³ La Commissione delle banche può prolungare di un anno i termini di cui ai capoversi 1 e 2 o applicare un regime speciale a singole banche.

⁴ RS 952 812.32

⁴ L'ufficio di revisione deve esaminare tali importi per la prima volta nell'ambito della revisione del conto annuale 2007.

Art. 63, rubrica e cpv. 2

Entrata in vigore

² *Abrogato*

II

Le disposizioni finali delle modifiche del 1° dicembre 1980⁵, del 23 agosto 1989⁶, del 4 dicembre 1989⁷, del 12 dicembre 1994⁸, del 29 novembre 1995⁹ e dell'8 dicembre 1997¹⁰ sono abrogate.

III

L'ordinanza del 2 dicembre 1996¹¹ sulle borse è modificata come segue:

Art. 29, rubrica

Fondi propri, ripartizione dei rischi e rendiconto

(art. 12-14 e 16 LBVM)

Art. 29a

Garanzia dei depositi

(art. 17, 19 e 36a LBVM)

¹ L'articolo 19 dell'ordinanza del 17 maggio 1972¹² sulle banche è applicabile ai commercianti di valori mobiliari che devono garantire delle liquidità supplementari secondo l'articolo 37h capoverso 3 della legge dell'8 novembre 1934¹³ sulle banche.

² Nell'ambito della sua attività di revisione, l'ufficio di revisione esamina se sono presenti le liquidità supplementari necessarie e indica il risultato di tale esame nel suo rapporto di revisione.

⁵ RU **1980** 1814

⁶ RU **1989** 1772

⁷ RU **1989** 2542

⁸ RU **1995** 253

⁹ RU **1996** 45

¹⁰ RU **1998** 16

¹¹ RS **954.11**

¹² RS **952.02**; RU **2005** 4849

¹³ RS **952.0**

IV

La presente modifica entra in vigore il 1° gennaio 2006.

30 settembre 2005

In nome del Consiglio federale svizzero:

Il presidente della Confederazione, Samuel Schmid

La cancelliera della Confederazione, Annemarie Huber-Hotz

**Verordnung
der Eidgenössischen Bankenkommission
zum Konkurs von Banken und Effekthändlern
(Bankenkursverordnung, BKV)**

vom 30. Juni 2005 (Stand am 26. Juli 2005)

Die Eidgenössische Bankenkommission,

gestützt auf Artikel 34 Absatz 3 des Bankengesetzes vom 8. November 1934¹
(BankG),

verordnet:

1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Diese Verordnung regelt das Verfahren des Bankenkurses und ergänzt die Artikel 33–37g BankG.

Art. 2 Geltungsbereich

Als Banken im Sinne dieser Verordnung gelten:

- a. Banken nach BankG;
- b. Effekthändler nach dem Börsengesetz vom 24. März 1995² (BEHG);
sowie
- c. alle natürlichen und juristischen Personen, die eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank oder Effekthändler ausüben.

Art. 3 Universalität

¹ Der Bankenkurs umfasst sämtliche verwertbaren Vermögenswerte, die der Bank im Zeitpunkt der Konkursöffnung gehören, gleichviel, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.

² Alle Gläubiger der Bank und ihrer ausländischen Zweigniederlassungen sind in gleicher Weise und mit gleichen Privilegien berechtigt, am in der Schweiz eröffneten Bankenkursverfahren teilzunehmen.

³ Als Vermögenswerte einer in der Schweiz tätigen Zweigniederlassung einer ausländischen Bank gelten alle Aktiven, die durch Personen begründet wurden, welche für diese Zweigniederlassung gehandelt haben.

AS 2005 3539

¹ SR 952.0

² SR 954.1

Art. 4 Öffentliche Bekanntmachungen

¹ Öffentliche Bekanntmachungen werden im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der Regel auf der Internetseite der Bankenkommission publiziert.

² Mitteilungen werden denjenigen Gläubigern zugestellt, deren Name und Adresse bekannt sind. Zudem wird durch öffentliche Bekanntmachung auf Mitteilungen hingewiesen, an deren Kenntnis Rechtsfolgen geknüpft werden.

³ Für den Fristenlauf und die mit der öffentlichen Bekanntmachung verbundenen Rechtsfolgen ist die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend.

Art. 5 Akteneinsicht

¹ Wer glaubhaft macht, dass er durch den Bankenkonzurs unmittelbar in seinen Vermögensinteressen betroffen ist, kann die Konkursakten einsehen; dabei ist das Berufsgeheimnis nach den Artikeln 47 BankG und 43 BEHG³ so weit als möglich zu wahren.

² Die Akteneinsicht kann auf bestimmte Verfahrensstadien beschränkt oder aufgrund entgegenstehender überwiegender Interessen eingeschränkt oder verweigert werden.

³ Die durch die Akteneinsicht (insbesondere in den Kollokationsplan) erhaltenen Informationen dürfen lediglich verwendet werden, um die eigenen Vermögensinteressen zu wahren.

⁴ Der Konkursliquidator kann die Akteneinsicht von einer Erklärung im Sinne von Absatz 3 abhängig machen und für den Fall der Zuwiderhandlung vorgängig auf die Strafdrohung nach Artikel 50 BankG und Artikel 292 des Strafgesetzbuches⁴ hinweisen.

⁵ Der Konkursliquidator und nach Abschluss des Bankenkonzursverfahrens die Bankenkommission entscheiden über die Einsicht in die Konkursakten.

Art. 6 Anzeige an die Bankenkommission

¹ Handlungen und Entscheide des Konkursliquidators, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung oder einer durch diese beauftragten Person sind keine Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968⁵ über das Verwaltungsverfahren (VwVG).

² Wer durch eine Handlung, einen Entscheid oder eine Unterlassung derselben in seinen Interessen verletzt wird, kann diesen Sachverhalt der Bankenkommission anzeigen.

³ Die Anzeiger sind keine Parteien im Sinne des VwVG.

³ SR 954.1

⁴ SR 311.0

⁵ SR 172.021

Art. 7 Anfechtung von Verwertungshandlungen

¹ Der Konkursliquidator erstellt periodisch einen Verwertungsplan, der über die zur Verwertung anstehenden Konkursaktiven und die Art ihrer Verwertung Auskunft gibt.

² Verwertungshandlungen, die nach Artikel 29 ohne Aufschub erfolgen können, müssen nicht in den Verwertungsplan aufgenommen werden.

³ Der Konkursliquidator teilt den Verwertungsplan den Gläubigern mit und setzt ihnen eine Frist, innert der sie über einzelne darin aufgeführte Verwertungshandlungen von der Bankenkommision eine anfechtbare Verfügung verlangen können.

Art. 8 Konkursort

¹ Der Konkursort befindet sich am Sitz der Bank oder der Zweigniederlassung einer ausländischen Bank.

² Bestehen mehrere Sitze oder mehrere Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank in der Schweiz, so bestimmt die Bankenkommision den einheitlichen Konkursort.

³ Bei natürlichen Personen befindet sich der Konkursort am Ort des Geschäftsdomizils im Zeitpunkt der Konkurseröffnung.

Art. 9 Aufgaben des Konkursliquidators

Der Konkursliquidator treibt das Verfahren rasch voran und:

- a. sichert und verwertet die Konkursaktiven;
- b. besorgt die im Rahmen des Bankenkonzursverfahrens notwendige Geschäftsführung;
- c. vertritt die Konkursmasse vor Gericht;
- d. besorgt in Zusammenarbeit mit dem Träger der Einlagensicherung die Erhebung und Auszahlung der nach Artikel 37h BankG gesicherten Einlagen.

Art. 10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

¹ Anerkennt die Bankenkommision ein ausländisches Konkursdekret nach Artikel 37g BankG, so sind für das in der Schweiz befindliche Vermögen die Bestimmungen dieser Verordnung anwendbar.

² Sie bestimmt den einheitlichen Konkursort in der Schweiz und den Kreis der nach Artikel 37g Absatz 3 BankG privilegierten Gläubiger.

³ Sie macht die Anerkennung sowie den Kreis der privilegierten Gläubiger öffentlich bekannt.

⁴ Anerkennt sie eine andere ausländische Liquidations- oder Sanierungsmassnahme, so regelt sie das anwendbare Verfahren.

2. Abschnitt: Verfahren

Art. 11 Publikation und Schuldenruf

¹ Die Bankenkommission eröffnet die Konkursverfügung allen Beteiligten und macht sie unter gleichzeitigem Schuldenruf öffentlich bekannt.

² Die Publikation enthält insbesondere folgende Angaben:

- a. Name der Bank sowie deren Sitz und Zweigniederlassungen;
- b. Datum und Zeitpunkt der Konkursöffnung;
- c. Konkursort;
- d. Name und Adresse des Konkursliquidators;
- e. Aufforderung an die Gläubiger und an Personen, welche im Besitz der Bank befindliche Vermögensstücke beanspruchen, ihre Forderungen und Ansprüche innert angesetzter Frist dem Konkursliquidator unter Vorlage der Beweismittel anzumelden;
- f. Hinweis auf Forderungen, die nach Artikel 24 als angemeldet gelten;
- g. Hinweis auf die Herausgabe- und Meldepflichten nach den Artikeln 15–17.

³ Der Konkursliquidator kann den bekannten Gläubigern ein Exemplar der Bekanntmachung zustellen.

Art. 12 Gläubigerversammlung

¹ Die Bankenkommission entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators über die Kompetenzen einer beabsichtigten Gläubigerversammlung sowie über die für die Beschlussfassung notwendigen Präsenz- und Stimmenquoten.

² Alle Gläubiger dürfen an der Gläubigerversammlung teilnehmen oder sich vertreten lassen. In Zweifelsfällen entscheidet der Konkursliquidator über die Zulassung.

³ Der Konkursliquidator leitet die Verhandlungen und erstattet Bericht über die Vermögenslage der Bank und den Stand des Verfahrens.

⁴ Die Gläubiger können Beschlüsse auch auf dem Zirkularweg fassen. Lehnt ein Gläubiger den Antrag des Konkursliquidators nicht ausdrücklich innert der angesetzten Frist ab, so gilt dies als Zustimmung.

Art. 13 Gläubigerausschuss

¹ Die Bankenkommission entscheidet auf Antrag des Konkursliquidators über Einsetzung, Zusammensetzung, Aufgaben und Kompetenzen eines Gläubigerausschusses.

² Hat der Träger der Einlagensicherung in wesentlichem Umfang nach Artikel 37h BankG privilegierte Einlagen ausbezahlt, so ist einer seiner Vertreter als Mitglied des Gläubigerausschusses zu ernennen.

³ Die Bankenkommission bestimmt den Vorsitzenden, das Verfahren für die Beschlussfassung sowie die Entschädigung der einzelnen Mitglieder.

3. Abschnitt: Konkursaktiven

Art. 14 Inventaraufnahme

¹ Der Konkursliquidator errichtet ein Inventar über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen.

² Die Inventaraufnahme richtet sich unter Vorbehalt nachfolgender Bestimmungen nach den Artikeln 221–229 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889⁶ über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG).

³ Die nach Artikel 37d BankG abzusondernden Depotwerte sind zum Gegenwert im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Inventar vorzumerken. Das Inventar weist auf Ansprüche der Bank gegenüber dem Deponenten hin, die einer Absonderung entgegenstehen.

⁴ Der Konkursliquidator beantragt der Bankenkommission die zur Sicherung des zur Konkursmasse gehörenden Vermögens erforderlichen Massnahmen.

⁵ Der Konkursliquidator legt das Inventar dem Bankier oder einer von den Eignern der Bank als Organ gewählten Person vor. Diese haben sich über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars zu erklären. Ihre Erklärung ist ins Inventar aufzunehmen.

Art. 15 Herausgabe- und Meldepflicht

¹ Schuldner der Bank sowie Personen, welche Vermögenswerte der Bank als Pfandgläubiger oder aus andern Gründen besitzen, haben sich innert der Eingabefrist nach Artikel 11 beim Konkursliquidator zu melden und diesem die Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen.

² Anzumelden sind Forderungen auch dann, wenn eine Verrechnung geltend gemacht wird.

³ Ein bestehendes Vorzugsrecht erlöscht, wenn die Meldung oder die Herausgabe arglistig unterbleibt.

Art. 16 Ausnahmen von der Herausgabepflicht

¹ Als Sicherheit dienende Effekten und andere Finanzinstrumente müssen nicht herausgegeben werden, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verwertung durch den Sicherungsnehmer gegeben sind.

² Diese Vermögenswerte sind jedoch dem Konkursliquidator unter Nachweis des Verwertungsrechts zu melden und von diesem im Inventar vorzumerken.

⁶ SR 281.1

³ Der Sicherungsnehmer muss mit dem Konkursliquidator über den aus der Verwertung dieser Vermögenswerte erzielten Erlös abrechnen. Ein allfälliger Verwertungsüberschuss fällt an die Konkursmasse.

Art. 17 Ausnahmen von der Meldepflicht

¹ Die Bankenkommission kann bestimmen, dass für aus den Büchern ersichtliche Forderungen der Bank die Meldung der Schuldner unterbleiben kann.

² Als aus den Büchern ersichtlich gelten Forderungen, über deren Bestand und Höhe die Schuldner von der Bank regelmässig mit einem Ausweis über ihre Schuldpflicht bedient wurden.

Art. 18 Aussonderung

¹ Der Konkursliquidator prüft die Herausgabe von Vermögensgegenständen, die von Dritten beansprucht werden.

² Hält er einen Herausgabeanspruch für begründet, so gibt er den Gläubigern die Möglichkeit, die Abtretung des Bestreitungsrechts nach Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG⁷ zu verlangen. Er setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.

³ Hält er einen Herausgabeanspruch für unbegründet oder haben Gläubiger die Abtretung des Bestreitungsrechts verlangt, so setzt er der Anspruch erhebenden Person eine Frist, innert der sie beim Gericht am Konkursort Klage einreichen kann. Unbenutzter Ablauf der Frist gilt als Verzicht auf den Herausgabeanspruch.

⁴ Die Klage hat sich im Falle einer Abtretung gegen die Abtretungsgläubiger zu richten. Der Konkursliquidator gibt dem Dritten mit der Fristansetzung die Abtretungsgläubiger bekannt.

Art. 19 Guthaben, Admassierung und Anfechtung

¹ Fällige Forderungen der Konkursmasse werden vom Konkursliquidator, nötigenfalls auf dem Betreibungswege, eingezogen.

² Der Konkursliquidator prüft Ansprüche der Konkursmasse auf bewegliche Sachen, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines Dritten befinden, oder auf Grundstücke, die im Grundbuch auf den Namen eines Dritten eingetragen sind.

³ Er prüft die mögliche Anfechtung von Rechtsgeschäften nach den Artikeln 285–292 SchKG⁸. Bei den Fristen der Artikel 286–288 SchKG werden die Dauer eines vorausgegangenen Sanierungsverfahrens sowie einer vorgängig erlassenen Anordnung einer Schutzmassnahme nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstaben e–h BankG nicht mitberechnet.

⁴ Beabsichtigt der Konkursliquidator, eine bestrittene Forderung oder einen Anspruch nach Absatz 2 oder 3 auf dem Klageweg weiter zu verfolgen, so holt er

⁷ SR 281.1

⁸ SR 281.1

von der Bankenkommision die Zustimmung sowie allenfalls zweckdienliche Weisungen ein.

⁵ Erfolgt keine gerichtliche Geltendmachung durch den Konkursliquidator, so gibt er den Gläubigern die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 und 2 SchKG zu verlangen. Er setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.

⁶ Anstelle der Abtretung an die Gläubiger kann der Konkursliquidator die nicht durch ihn gerichtlich geltend gemachten Forderungen und übrigen Ansprüche der Konkursmasse nach Artikel 29 verwerten.

⁷ Die Verwertung nach Absatz 6 ist ausgeschlossen bei Anfechtungsansprüchen nach Absatz 3 sowie bei Verantwortlichkeitsansprüchen nach Artikel 39 BankG.

Art. 20 Fortführung von hängigen Prozessen

¹ Der Konkursliquidator beurteilt Ansprüche der Konkursmasse, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Gegenstand von Prozessen (Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, und stellt der Bankenkommision Antrag über die Fortführung dieser Prozesse.

² Lehnt die Bankenkommision die Fortführung ab, so gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Möglichkeit, die Abtretung des Prozessführungsrechts im Sinne von Artikel 260 Absätze 1 und 2 SchKG⁹ zu verlangen. Er setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.

Art. 21 Einstellung mangels Aktiven

¹ Reichen die Konkursaktiven nicht aus, das Bankenkonkursverfahren durchzuführen, so beantragt der Konkursliquidator der Bankenkommision, das Verfahren mangels Aktiven einzustellen.

² Stellt die Bankenkommision das Verfahren ein, so macht sie dies öffentlich bekannt. In der Bekanntmachung weist sie darauf hin, dass sie das Verfahren fortführt, wenn innert einer von ihr angesetzten Frist ein Gläubiger die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursaktiven nicht gedeckten Teil der Kosten leistet.

³ Wird die festgelegte Sicherheit nicht fristgerecht geleistet, so kann jeder Pfandgläubiger bei der Bankenkommision innerhalb einer von ihr angesetzten Frist die Verwertung seines Pfandes verlangen. Die Bankenkommision beauftragt einen Konkursliquidator mit der Durchführung der Verwertung.

⁴ Die Bankenkommision ordnet bei juristischen Personen die Verwertung der Aktiven an, für die kein Pfandgläubiger fristgemäss die Verwertung verlangt hat. Ein nach Deckung der Verwertungskosten und der auf dem einzelnen Aktivum haftenden Lasten verbleibender Erlös verfällt zur Deckung der Kosten der Bankenkommision an den Bund.

⁵ Wurde das Bankenkonkursverfahren gegen natürliche Personen eingestellt, so ist für das Betreibungsverfahren Artikel 230 Absätze 3 und 4 SchKG¹⁰ anwendbar.

⁹ SR 281.1

¹⁰ SR 281.1

4. Abschnitt: Konkurspassiven

Art. 22 Gläubigermehrheit

¹ Bestehen gegenüber der Bank Forderungen zu gesamter Hand, so ist die Gesamthand als eine von den berechtigten Personen getrennte Gläubigerin zu behandeln.

² Solidarforderungen sind den Solidargläubigern zu gleichen Teilen anzurechnen, soweit der Bank kein Verrechnungsrecht zusteht. Die Anteile gelten als Forderungen der einzelnen Solidargläubiger.

Art. 23 Privilegierte Einlagen

¹ Als nach Artikel 37*b* BankG privilegierte Einlagen gelten alle Kundenforderungen aus einer Bank- oder Effektenhandelstätigkeit, welche in den Bilanzpositionen nach Artikel 25 Absatz 1 Ziffern 2.3–2.5 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972¹¹ (BankV) verbucht sind oder verbucht sein müssten.

² Keine Einlagen im Sinne von Artikel 37*b* BankG sind auf den Inhaber lautende Forderungen mit Ausnahme der auf den Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegten Kassenobligationen. Ebenfalls keine Einlagen im Sinne von Artikel 37*b* BankG sind nicht bei der Bank verwahrte Kassenobligationen sowie vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzforderungen wie insbesondere Ersatzforderungen für nicht vorhandene Depotwerte nach Artikel 37*d* BankG.

³ Forderungen von Bankstiftungen nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung vom 13. November 1985¹² über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen und Freizügigkeitsstiftungen nach Artikel 19 Absatz 2 Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994¹³ gelten als Einlagen der einzelnen Vorsorgenehmer und Versicherten. Auszahlungen für diese Forderungen erfolgen hingegen an die jeweilige Bank- oder Freizügigkeitsstiftung.

⁴ Forderungen nach Absatz 3 sind nach Artikel 37*b* BankG privilegiert, soweit die übrigen sofort auszahlbaren Forderungen des einzelnen Vorsorgenehmers oder Versicherten nicht bereits den privilegierten Höchstbetrag erreichen.

Art. 24 Prüfung der Forderungen

¹ Der Konkursliquidator prüft die angemeldeten und die von Gesetzes wegen zu berücksichtigenden Forderungen. Er kann dabei eigene Erhebungen machen und die Gläubiger auffordern, zusätzliche Beweismittel einzureichen.

² Von Gesetzes wegen zu berücksichtigen sind die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen samt dem laufenden Zins sowie die Forderungen, die aus den Büchern ersichtlich sind.

¹¹ SR 952.02

¹² SR 831.461.3

¹³ SR 831.425

³ Als aus den Büchern ersichtlich gelten Forderungen, über deren Bestand und Höhe die Gläubiger von der Bank regelmässig mit Auszügen oder Saldobestätigungen bedient wurden.

⁴ Über die nicht aus den Büchern ersichtlichen Forderungen holt der Konkursliquidator die Erklärung des Bankiers oder einer von den Eignern der Bank als Organ gewählten Person ein. Aus den Büchern ersichtliche Forderungen gelten als von der Bank anerkannt im Sinne von Artikel 265 SchKG¹⁴.

Art. 25 Kollokation

¹ Der Konkursliquidator entscheidet, ob und in welcher Höhe sowie in welchem Rang Forderungen anerkannt werden, und erstellt den Kollokationsplan.

² Gehört zur Konkursmasse ein Grundstück, so erstellt er ein Verzeichnis der darauf ruhenden Lasten (Pfandrechte, Dienstbarkeiten, Grundlasten und vorgemerkte persönliche Rechte). Das Lastenverzeichnis bildet Bestandteil des Kollokationsplans.

³ Soweit die Kleinsteinlagen nach Artikel 37a BankG befriedigt wurden, sind diese im Kollokationsplan nicht mehr aufzunehmen.

Art. 26 Im Prozess liegende Forderungen

¹ Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkursöffnung in der Schweiz bereits Gegenstand eines Prozesses (Zivilprozess oder Verwaltungsverfahren) bilden, sind im Kollokationsplan zunächst *pro memoria* vorzumerken.

² Verzichtet der Konkursliquidator auf die Fortführung des Prozesses, so gibt er den Gläubigern die Möglichkeit, die Abtretung im Sinne von Artikel 260 Absatz 1 SchKG¹⁵ zu verlangen.

³ Wird der Prozess weder von der Konkursmasse noch von einzelnen Abtretungsgläubigern fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt und die Gläubiger haben kein Recht mehr, diese mittels Kollokationsklage anzufechten.

⁴ Wird der Prozess von einzelnen Abtretungsgläubigern fortgeführt, so dient der Betrag, um den im Rahmen ihres Obsiegens der Anteil des unterliegenden Gläubigers an der Konkursmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung der Abtretungsgläubiger bis zur vollen Deckung ihrer kollozierten Forderungen sowie der Prozesskosten. Ein Überschuss fällt an die Konkursmasse.

Art. 27 Einsicht in den Kollokationsplan

¹ Die Gläubiger können den Kollokationsplan im Rahmen von Artikel 5 während mindestens 20 Tagen einsehen.

² Der Konkursliquidator macht öffentlich bekannt, ab welchem Zeitpunkt und in welcher Form die Einsichtnahme erfolgen kann.

¹⁴ SR 281.1

¹⁵ SR 281.1

³ Er kann vorsehen, dass die Einsichtnahme beim Konkursamt am Konkursort erfolgen kann.

⁴ Er teilt jedem Gläubiger, dessen Forderung nicht wie angemeldet oder wie aus den Büchern oder dem Grundbuch ersichtlich kolloziert wurde, die Gründe mit, weshalb seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen wurde.

Art. 28 Kollokationsklage

¹ Kollokationsklagen richten sich nach Artikel 250 SchKG¹⁶.

² Die Klagefrist beginnt in dem Zeitpunkt zu laufen, ab welchem die Möglichkeit besteht, in den Kollokationsplan Einsicht zu nehmen.

5. Abschnitt: Verwertung

Art. 29 Art der Verwertung

¹ Der Konkursliquidator entscheidet über die Art und den Zeitpunkt der Verwertung und führt diese durch.

² Verpfändete Vermögensstücke dürfen nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger anders als durch Verkauf an öffentlicher Steigerung verwertet werden.

³ Vermögenswerte können ohne Aufschub verwertet werden, wenn sie:

- a. schneller Wertverminderung ausgesetzt sind;
- b. unverhältnismässig hohe Verwaltungskosten verursachen;
- c. an einem repräsentativen Markt gehandelt werden; oder
- d. nicht von bedeutendem Wert sind.

Art. 30 Öffentliche Versteigerung

¹ Öffentliche Versteigerungen erfolgen unter Vorbehalt folgender Bestimmungen nach den Artikeln 257–259 SchKG¹⁷.

² Der Konkursliquidator führt die Versteigerung durch. Er kann in den Steigerungsbedingungen ein Mindestangebot für die erste Versteigerung vorsehen.

³ Er macht die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Steigerungsbedingungen öffentlich bekannt. Er kann die Einsichtnahme beim Konkurs- oder Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache vorsehen.

¹⁶ SR 281.1

¹⁷ SR 281.1

Art. 31 Abtretung von Rechtsansprüchen

¹ Der Konkursliquidator bestimmt in der Bescheinigung über die Abtretung eines Rechtsanspruchs der Konkursmasse im Sinne von Artikel 260 SchKG¹⁸ die Frist, innert der der Abtretungsgläubiger den Rechtsanspruch gerichtlich geltend machen muss. Bei unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin.

² Die Abtretungsgläubiger berichten dem Konkursliquidator und nach Abschluss des Bankenkonkursverfahrens der Bankenkommission ohne Verzug über das Resultat der Geltendmachung.

³ Verlangt kein Gläubiger die Abtretung oder ist die Frist zur Geltendmachung unbenutzt abgelaufen, so entscheidet der Konkursliquidator und nach Abschluss des Bankenkonkursverfahrens die Bankenkommission über die allfällige weitere Verwertung dieser Rechtsansprüche.

6. Abschnitt: Verteilung und Abschluss**Art. 32** Massaverpflichtungen

Aus der Konkursmasse werden vorab und in folgender Reihenfolge gedeckt:

1. Verbindlichkeiten nach Artikel 37 BankG,
2. Verbindlichkeiten, welche die Konkursmasse während der Dauer des Verfahrens eingegangen ist,
3. sämtliche Kosten für Eröffnung und Durchführung des Bankenkonkursverfahrens, sowie
4. Verbindlichkeiten gegenüber einem Drittverwahrer nach Artikel 37*d* BankG.

Art. 33 Verteilung

¹ Der Konkursliquidator kann Abschlagsverteilungen vorsehen. Er erstellt hierfür eine provisorische Verteilungsliste und unterbreitet diese der Bankenkommission zur Genehmigung.

² Wenn sämtliche Aktiven verwertet und alle die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse erledigt sind, erstellt der Konkursliquidator die abschliessende Verteilungsliste sowie die Schlussrechnung und unterbreitet diese der Bankenkommission zur Genehmigung. Auf die von einzelnen Gläubigern im Sinne von Artikel 260 SchKG¹⁹ geführten Prozesse braucht keine Rücksicht genommen zu werden.

³ Nach der Genehmigung der Verteilungsliste nimmt der Konkursliquidator die Auszahlungen an die Gläubiger vor.

¹⁸ SR 281.1

¹⁹ SR 281.1

⁴ Keine Auszahlung erfolgt für Forderungen:

- a. deren Bestand oder Höhe noch nicht abschliessend feststeht;
- b. deren Berechtigte noch nicht definitiv bekannt sind;
- c. die teilweise durch noch nicht verwertete Sicherheiten im Ausland gedeckt sind; oder
- d. die voraussichtlich durch eine noch ausstehende Befriedigung in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Bankenkonzurs in Zusammenhang steht, teilweise Deckung erhalten werden.

Art. 34 Schlussbericht und Hinterlegung

¹ Der Konkursliquidator berichtet der Bankenkommision summarisch über den Verlauf des Bankenkonzursverfahrens.

² Der Schlussbericht enthält zudem:

- a. Ausführungen über die Erledigung sämtlicher die Feststellung der Aktiv- und Passivmasse betreffenden Prozesse;
- b. Angaben über den Stand der an Gläubiger abgetretenen Rechtsansprüche nach Artikel 260 SchKG²⁰; sowie
- c. eine Auflistung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte mit der jeweiligen Angabe, weshalb eine Auszahlung oder Herausgabe bisher nicht erfolgen konnte.

³ Die Bankenkommision trifft die notwendigen Anordnungen über die Hinterlegung der noch nicht ausbezahlten Anteile sowie der noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte.

⁴ Die Bankenkommision macht den Schluss des Bankenkonzursverfahrens öffentlich bekannt.

Art. 35 Verlustschein

¹ Die Gläubiger können beim Konkursliquidator und nach Abschluss des Bankenkonzursverfahrens bei der Bankenkommision gegen Bezahlung einer Kostenpauschale für den ungedeckt bleibenden Betrag ihrer Forderung einen Verlustschein gemäss Artikel 265 SchKG²¹ verlangen.

² Der Konkursliquidator macht die Gläubiger im Rahmen der Auszahlung ihrer Anteile auf diese Möglichkeit aufmerksam.

²⁰ SR 281.1

²¹ SR 281.1

Art. 36 Aktenaufbewahrung

¹ Nach Abschluss oder Einstellung des Bankenkonkursverfahrens regelt die Bankenkommision die Aufbewahrung der Konkurs- und Geschäftsakten.

² Die Konkursakten sowie die noch vorhandenen Geschäftsakten sind nach Ablauf von zehn Jahren seit Abschluss oder Einstellung des Bankenkonkursverfahrens auf Anordnung der Bankenkommision zu vernichten.

³ Vorbehalten bleiben abweichende spezialgesetzliche Aufbewahrungsvorschriften für einzelne Aktenstücke.

Art. 37 Nachträglich anfallende und hinterlegte Vermögenswerte

¹ Werden innerhalb von 10 Jahren nach Schluss des Bankenkonkursverfahrens Vermögenswerte oder andere Rechtsansprüche entdeckt, die bisher nicht zur Konkursmasse gezogen wurden, so bestimmt die Bankenkommision einen Konkursliquidator, der ohne weitere Förmlichkeiten das Bankenkonkursverfahren wieder aufnimmt.

² Die Verteilung erfolgt an jene zu Verlust gekommenen Gläubiger, von denen dem Konkursliquidator die für die Auszahlung notwendigen Angaben bekannt sind. Der Konkursliquidator kann die Gläubiger unter Hinweis auf die Verwirkung ihres Anspruchs auffordern, ihm die aktuellen Angaben bekannt zu geben. Er setzt ihnen dazu eine angemessene Frist.

³ Hinterlegte Vermögenswerte, die frei werden oder nach zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden unter Vorbehalt einer abweichenden spezialgesetzlichen Regelung ebenfalls nach Absatz 1 verwertet und nach Absatz 2 verteilt.

7. Abschnitt: Inkrafttreten**Art. 38**

Diese Verordnung tritt am 1. August 2005 in Kraft

**Ordonnance
de la Commission fédérale des banques
sur la faillite de banques et de négociants
en valeurs mobilières
(Ordonnance sur la faillite bancaire, OFB)**

du 30 juin 2005 (Etat le 26 juillet 2005)

La Commission fédérale des banques,
vu l'art. 34, al. 3, de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)¹,
arrête:

Chapitre 1 Dispositions générales

Art. 1 Objet

La présente ordonnance règle la procédure de faillite bancaire et complète les art. 33 à 37g LB.

Art. 2 Champ d'application

Au sens de la présente ordonnance, on entend par "banque":

- a. les banques au sens de la LB;
- b. les négociants en valeurs mobilières au sens de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses (LBVM)², et
- c. toutes les personnes physiques ou morales qui exercent une activité soumise à autorisation en tant que banque ou négociant en valeurs mobilières.

Art. 3 Universalité

¹ La faillite bancaire comprend tous les biens réalisables qui appartiennent à la banque au moment de l'ouverture de la faillite, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger.

² 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.

³ Sont considérés comme les biens d'une succursale suisse d'une banque étrangère, tous les actifs constitués par les personnes qui ont agi pour cette succursale.

RO 2005 3539

¹ RS 952.0

² RS 954.1

Art. 4 Publications

¹ Les publications sont effectuées dans la Feuille officielle suisse du commerce ainsi qu'en règle générale sur le site Internet de la Commission des banques.

² Les communications sont adressées aux créanciers dont le nom et l'adresse sont connus. En outre, référence y est également faite par publication si des conséquences juridiques découlent de leur connaissance.

³ La publication dans la Feuille officielle suisse du commerce fait foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques liées à la publication.

Art. 5 Consultation des pièces

¹ Quiconque rend vraisemblable qu'il est directement touché par la faillite dans ses intérêts pécuniaires peut consulter les pièces de la faillite; le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM³ est préservé autant que possible.

² La consultation des pièces peut être limitée à certaines étapes de la procédure ou être restreinte ou refusée en raison d'intérêts contraires prépondérants.

³ Quiconque obtient des informations en consultant des pièces (en particulier l'état de collocation) ne peut les utiliser que pour préserver ses propres intérêts pécuniaires.

⁴ Le liquidateur de la faillite peut subordonner la consultation des pièces à une déclaration conforme à l'al. 3 et l'assortir de la menace des peines prévues aux art. 50 LB et 292 du code pénal⁴.

⁵ Le liquidateur de la faillite et, après la clôture de la procédure de faillite bancaire, la Commission des banques prennent les décisions relatives à la consultation des pièces de la faillite.

Art. 6 Dénonciation à la Commission des banques

¹ Les actes et les mesures du liquidateur de la faillite, de la commission de surveillance, de l'assemblée des créanciers, ou d'une personne mandatée par ceux-ci, ne sont pas des décisions au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁵.

² Quiconque est touché dans ses intérêts par un acte, une mesure ou l'omission d'un acte ou d'une mesure, peut dénoncer les faits à la Commission des banques.

³ Le dénonciateur n'a pas la qualité de partie au sens de la PA.

³ RS 954.1

⁴ RS 311.0

⁵ RS 172.021

Art. 7 Recours contre les réalisations

¹ Le liquidateur de la faillite établit périodiquement un plan des réalisations qui renseigne sur les actifs devant encore être réalisés et sur la manière d'y procéder.

² Les réalisations qui peuvent être effectuées sans délai au sens de l'art. 29 ne doivent pas être mentionnées dans le plan des réalisations.

³ Le liquidateur de la faillite communique le plan des réalisations aux créanciers en leur impartissant un délai pendant lequel ils peuvent demander à la Commission des banques de rendre une décision sujette à recours sur chaque réalisation prévue.

Art. 8 For de la faillite

¹ Le for de la faillite est au siège de la banque ou de la succursale d'une banque étrangère.

² S'il existe plusieurs sièges de la banque ou plusieurs succursales suisses d'une banque étrangère, la Commission des banques désigne le for unique de la faillite.

³ Pour les personnes physiques, le for de la faillite est au lieu de l'exploitation commerciale au moment de l'ouverture de la faillite.

Art. 9 Tâches du liquidateur de la faillite

Le liquidateur de la faillite conduit la procédure avec célérité et:

- a. veille à la conservation et à la réalisation des actifs;
- b. veille à la gestion de l'entreprise dans la mesure nécessaire à la procédure de faillite bancaire;
- c. représente la masse en faillite devant les tribunaux;
- d. s'occupe, en collaboration avec l'organisme de garantie, de l'inventaire et du paiement des dépôts garantis selon l'art. 37h LB.

Art. 10 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères

¹ Lorsque la Commission des banques reconnaît, conformément à l'art. 37g LB, une décision de faillite étrangère, les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent aux biens se trouvant en Suisse.

² La Commission des banques désigne le for unique de la faillite en Suisse et le cercle des créanciers privilégiés selon l'art. 37g, al. 3, LB.

³ Elle publie la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère ainsi que le cercle des créanciers privilégiés.

⁴ Si elle reconnaît une autre mesure de liquidation ou d'assainissement étrangère, elle détermine la procédure applicable.

Chapitre 2 Procédure

Art. 11 Publication et appel aux créanciers

¹ La Commission des banques notifie la décision de faillite aux personnes impliquées et publie l'ouverture de la faillite en même temps que l'appel aux créanciers.

² La publication contient notamment les informations suivantes:

- a. le nom de la banque, son siège et ses succursales;
- b. la date et l'heure de l'ouverture de la faillite;
- c. le for de la faillite;
- d. le nom et l'adresse du liquidateur de la faillite;
- e. la sommation aux créanciers et à ceux qui ont des revendications à faire valoir, de produire au liquidateur de la faillite, dans le délai indiqué, leurs créances ou revendications et de lui remettre leurs moyens de preuve;
- f. le rappel des créances qui sont réputées avoir été produites au sens de l'art. 24;
- g. le rappel de l'obligation d'annonce et de mise à disposition au sens des art. 15 à 17.

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

Art. 12 Assemblée des créanciers

¹ La Commission des banques décide, sur proposition du liquidateur de la faillite, des compétences d'une éventuelle assemblée des créanciers, ainsi que du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise de mesures.

² Tous les créanciers ont le droit de participer ou de se faire représenter à l'assemblée des créanciers. Le liquidateur décide en cas de doute sur l'admission d'une personne.

³ Le liquidateur de la faillite mène les débats et fait un rapport à l'assemblée des créanciers sur l'état de fortune de la banque ainsi que sur l'avancement de la procédure.

⁴ Les créanciers peuvent également prendre des mesures par voie de circulaire. Une proposition du liquidateur de la faillite est tenue pour acceptée par un créancier si celui-ci ne la rejette pas expressément dans le délai imparti.

Art. 13 Commission de surveillance

¹ La Commission des banques décide, sur proposition du liquidateur de la faillite, de la désignation et de la composition d'une commission de surveillance ainsi que de ses tâches et de ses compétences.

² Si l'organisme de garantie des dépôts a payé dans une large mesure les dépôts privilégiés selon l'art. 37*h* LB, un de ses représentants doit être nommé au sein de la Commission de surveillance.

³ La Commission des banques nomme le président, détermine la procédure à suivre pour la prise de mesures et décide de l'indemnisation des membres.

Chapitre 3 Actifs de la faillite

Art. 14 Prise d'inventaire

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

² La prise d'inventaire s'effectue, sous réserve des dispositions qui suivent, selon les art. 221 à 229 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)⁶.

³ Les valeurs déposées et distraites de la masse au sens de l'art. 37*d* LB sont mentionnées dans l'inventaire pour leur contre-valeur au moment de l'ouverture de la faillite. L'inventaire indique les prétentions éventuelles de la banque contre le déposant qui font obstacle à une distraction.

⁴ Le liquidateur de la faillite soumet à la Commission des banques les mesures nécessaires à la conservation des actifs de la masse.

⁵ Il soumet l'inventaire au banquier ou à un organe de la banque choisi par les propriétaires. Il les invite à déclarer s'ils reconnaissent l'inventaire exact et complet. Leur déclaration doit être transcrite dans l'inventaire.

Art. 15 Obligation de mise à disposition et d'annonce

¹ Les débiteurs de la banque ainsi que toutes les personnes qui détiennent des biens de la banque à titre de gage ou à quelque titre que ce soit ont l'obligation de les annoncer au liquidateur de la faillite dans le délai de production fixé conformément à l'art. 11 et de les mettre à sa disposition.

² Les dettes doivent également être annoncées lorsqu'elles font l'objet d'une compensation.

³ Tout droit de préférence s'éteint si l'annonce ou la mise à disposition n'est, par dol, pas effectuée.

Art. 16 Exceptions à l'obligation de mise à disposition

¹ Les sûretés, sous forme de titres ou d'autres instruments financiers, ne doivent pas être remises, dans la mesure où les conditions légales pour leur réalisation par le bénéficiaire des sûretés sont réunies.

⁶ RS 281.1

² Ces biens, ainsi que la preuve du droit à leur réalisation, doivent toutefois être annoncés au liquidateur de la faillite, qui doit les mentionner sur l'inventaire.

³ Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit de réalisation des sûretés. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite.

Art. 17 Exception à l'obligation d'annonce

¹ La Commission des banques peut prévoir que les créances de la banque inscrites dans ses livres ne doivent pas être annoncées par leur débiteur.

² Les créances de la banque inscrites dans ses livres sont celles dont l'existence et le montant ont régulièrement été rappelés à leur débiteur par l'envoi d'une attestation.

Art. 18 Revendications de tiers

¹ Le liquidateur de la faillite détermine si les biens revendiqués par des tiers doivent leur être remis.

² S'il considère qu'une revendication est fondée, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession du droit de la contester au sens de l'art. 260, al. 1 et 2, LP⁷. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

³ S'il considère qu'une revendication est infondée ou si les créanciers ont demandé la cession du droit de la contester, il fixe au revendiquant un délai pendant lequel celui-ci doit saisir le juge du for de la faillite de sa revendication. Le revendiquant est considéré comme ayant renoncé à sa revendication s'il n'agit pas dans le délai imparti.

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

Art. 19 Créances, prétentions et révocations

¹ Les créances exigibles de la masse sont encaissées par le liquidateur de la faillite, le cas échéant par la voie des poursuites.

² Le liquidateur de la faillite examine les prétentions de la masse sur les choses mobilières qui se trouvent en possession ou copossession d'un tiers, ou sur les immeubles qui sont inscrits au registre foncier au nom d'un tiers.

³ Il examine la possible révocation d'actes juridiques selon les art. 286 à 288 LP⁸. La durée d'un assainissement ou d'une mesure protectrice au sens de l'art. 26, al. 1, let. e à h, LB précédant l'ouverture de la faillite n'entre pas dans le calcul des délais mentionnés aux art. 286 à 288 LP.

⁷ RS 281.1

⁸ RS 281.1

⁴ Si le liquidateur de la faillite entend faire valoir en justice une créance contestée ou une prétention de la masse au sens des al. 2 ou 3, il demande à la Commission des banques son autorisation ainsi que les instructions nécessaires.

⁵ S'il ne fait pas valoir en justice de telles créances ou prétentions, il offre aux créanciers la possibilité d'en demander la cession selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

⁶ A la place d'une offre de cession aux créanciers, le liquidateur de la faillite peut réaliser, selon l'art. 29, les créances et les autres prétentions de la masse qu'il n'entend pas faire valoir en justice.

⁷ Les prétentions en matière de révocation au sens de l'al. 3 ainsi qu'en matière de responsabilité au sens de l'art. 39 LB ne peuvent être réalisées selon l'al. 6.

Art. 20 Poursuite des procès

¹ Le liquidateur de la faillite examine les prétentions de la masse qui, au moment de l'ouverture de la faillite, faisaient déjà l'objet d'un procès (procès civil ou procédure administrative), et il fait une proposition à la Commission des banques quant à leur poursuite.

² Si la Commission des banques décide de ne pas poursuivre un tel procès, le liquidateur de la faillite offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits selon l'art. 260, al. 1 et 2, LP⁹. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

Art. 21 Suspension faute d'actifs

¹ Si les actifs ne suffisent pas à couvrir les frais de liquidation, le liquidateur de la faillite propose à la Commission des banques de suspendre la procédure faute d'actifs.

² Si la Commission des banques suspend la procédure, elle fait publier la décision de suspension. La publication mentionne que la procédure sera poursuivie si un créancier fournit, dans le délai fixé par la Commission des banques, les sûretés exigées pour les frais qui ne sont pas couverts par les actifs.

³ Si les sûretés exigées ne sont pas fournies dans le délai indiqué, chaque créancier gagiste peut demander à la Commission des banques, dans le délai qu'elle aura imparti, la réalisation de son gage. La Commission des banques mandate un liquidateur de faillite pour la réalisation des gages.

⁴ La Commission des banques ordonne la réalisation des actifs d'une personne morale lorsqu'aucun créancier gagiste n'en a demandé la réalisation dans le délai imparti. Un éventuel produit restant après paiement des coûts de réalisation et des charges grevant l'actif réalisé est versé à la Confédération pour la couverture des frais de la Commission des banques.

⁵ Si la faillite bancaire d'une personne physique a été suspendue faute d'actifs, l'art. 230, al. 3 et 4, LP¹⁰ s'applique pour la réalisation des actifs.

⁹ RS 281.1

¹⁰ RS 281.1

Chapitre 4 Passifs de la faillite

Art. 22 Pluralité de créanciers

¹ Si des créances contre la banque appartiennent en main commune à plusieurs créanciers, leur communauté doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit.

² S'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, une part égale de la créance doit être imputée à chacun d'eux, dans la mesure où la banque ne dispose pas d'un droit de compensation. Chaque part est considérée comme étant une créance de chacun des créanciers solidaires.

Art. 23 Dépôts privilégiés

¹ Les dépôts privilégiés au sens de l'art. 37*b* LB sont toutes les créances de clients découlant d'une activité de banque ou de négociant en valeurs mobilières qui sont, ou devraient être, comptabilisées dans les rubriques du bilan conformément à l'art. 25, al. 1, ch. 2.3 à 2.5 de l'ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques (OB)¹¹.

² Les créances libellées au porteur, à l'exception des obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant, ne sont pas des dépôts au sens de l'art. 37*b* LB. De même, les obligations de caisse qui ne sont pas déposées auprès de la banque ainsi que les demandes d'indemnisation contractuelles ou extracontractuelles, telles que notamment les prétentions découlant de la non-restitution des valeurs déposées selon l'art. 37*d* LB, ne sont pas des dépôts au sens de l'art. 37*b* LB.

³ Les créances des fondations bancaires au sens de l'art. 5, al. 2, de l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance¹² et des fondations de libre passage au sens de l'art. 19, al. 2, de l'ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage¹³ sont considérées comme celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés. Le dividende est toutefois versé à la fondation bancaire ou de libre passage.

⁴ Les créances au sens de l'al. 3 sont privilégiées conformément à l'art. 37*b* LB dans la mesure où le montant maximum des créances immédiatement remboursables de chaque preneur de prévoyance ou assuré n'est pas déjà atteint.

Art. 24 Vérification des créances

¹ Le liquidateur de la faillite examine les créances produites ainsi que celles découlant de la loi. Il peut, dans ce cadre, mener ses propres enquêtes et prier les créanciers de lui remettre des moyens de preuve complémentaires.

² Les créances inscrites au registre foncier avec l'intérêt courant et les créances inscrites dans les livres de la banque sont considérées comme découlant de la loi.

¹¹ RS 952.02

¹² RS 831.461.3

¹³ RS 831.425

³ Les créances inscrites dans les livres de la banque sont celles dont l'existence et le montant ont été régulièrement rappelés à leur créancier par l'envoi d'un extrait ou d'une attestation.

⁴ Le liquidateur de la faillite consulte le banquier, ou un organe de la banque choisi par les propriétaires, sur les créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de la banque. Les créances inscrites dans les livres de la banque sont présumées avoir été reconnues au sens de l'art. 265 LP¹⁴.

Art. 25 Collocation

¹ Le liquidateur de la faillite décide de l'acceptation d'une créance, de son montant et de son rang et établit l'état de collocation.

² Si un immeuble fait partie de la masse, le liquidateur de la faillite établit un état des charges y afférent (gages immobiliers, servitudes, charges foncières, droits personnels annotés). L'état des charges fait partie intégrante de l'état de collocation.

³ Les petits dépôts au sens de l'art. 37a LB qui ont été entièrement désintéressés n'ont plus à être mentionnés dans l'état de collocation.

Art. 26 Créances faisant l'objet d'un procès

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

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

³ Si le procès n'est poursuivi ni par la masse, ni par des créanciers cessionnaires, la créance est considérée comme reconnue et les créanciers n'ont plus le droit d'attaquer son admission à l'état de collocation.

⁴ Si le procès est poursuivi par des créanciers cessionnaires, le montant à raison duquel la part du créancier qui succombe est réduite est dévolu auxdits créanciers cessionnaires jusqu'à concurrence de leur production et de leurs frais de procédure. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite.

Art. 27 Consultation de l'état de collocation

¹ Les créanciers peuvent consulter l'état de collocation dans le cadre de l'art. 5 pendant 20 jours au minimum.

² Le liquidateur de la faillite publie la date à partir de laquelle la consultation peut s'effectuer et la forme sous laquelle elle peut intervenir.

³ Il peut prévoir que la consultation se déroulera auprès de l'office des faillites au for de la faillite.

¹⁴ RS 281.1

¹⁵ RS 281.1

4 Il communique à chaque créancier dont la créance n'a pas été colloquée comme elle était produite ou comme elle était inscrite dans les livres de la banque ou au registre foncier les motifs pour lesquels sa production a été totalement ou partiellement écartée.

Art. 28 Action en contestation de l'état de collocation

¹ Les actions en contestation de l'état de collocation sont régies par l'art. 250 LP¹⁶.

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

Chapitre 5 Réalisation

Art. 29 Mode de réalisation

¹ Le liquidateur de la faillite décide du mode et du moment de la réalisation et procède à cette dernière.

² Les biens sur lesquels il existe des droits de gage ne peuvent être réalisés autrement que par la voie des enchères publiques qu'avec l'accord des créanciers gagistes.

³ Les biens peuvent être réalisés sans délai:

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

Art. 30 Enchères publiques

¹ Les enchères publiques ont lieu selon les art. 257 à 259 LP¹⁷ sous réserve des dispositions suivantes.

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

³ Il indique dans la publication qu'il est possible de consulter les conditions des enchères. Il peut prévoir que la consultation aura lieu auprès de l'office des faillites ou des poursuites du lieu où se trouve l'objet.

Art. 31 Cession des droits

¹ Le liquidateur de la faillite définit dans l'attestation de cession des droits de la masse en faillite au sens de l'art. 260 LP¹⁸ le délai pendant lequel le créancier ces-

¹⁶ RS 281.1

¹⁷ RS 281.1

¹⁸ RS 281.1

sionnaire doit ouvrir l'action pour faire valoir la prétention. S'il n'en fait pas usage pendant ce délai, la cession est alors caduque.

² Les créanciers cessionnaires informent sans retard le liquidateur de la faillite et, après clôture de la faillite bancaire, la Commission des banques du résultat de l'action engagée.

³ Si aucun créancier ne demande la cession des droits ou si aucun créancier n'en fait usage pendant le délai fixé pour ouvrir une action, le liquidateur de la faillite et, après la clôture de la faillite, la Commission des banques décident d'une éventuelle réalisation de ces droits.

Chapitre 6 Distribution et clôture

Art. 32 Dettes de la masse

Sont couverts en premier lieu par la masse en faillite et dans l'ordre suivant:

1. les engagements au sens de l'art. 37 LB,
2. les engagements contractés par la masse en faillite pendant la durée de la procédure,
3. l'ensemble des frais pour l'ouverture et la liquidation de la faillite bancaire, et
4. les engagements à l'encontre de tiers dépositaires au sens de l'art. 37d LB.

Art. 33 Distribution

¹ Le liquidateur de la faillite peut prévoir des répartitions provisoires. Il dresse à cet effet un tableau provisoire de distribution et le soumet à l'approbation de la Commission des banques.

² Lorsque tous les actifs ont été réalisés et que tous les procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse sont terminés, le liquidateur de la faillite établit le tableau définitif de liquidation ainsi que le compte final et les soumet à l'approbation de la Commission des banques. Il n'est pas nécessaire d'attendre l'issue des procès intentés individuellement par des créanciers cessionnaires au sens de l'art. 260 LP¹⁹.

³ Après l'approbation du tableau de distribution, le liquidateur de la faillite procède au paiement des créanciers.

⁴ Aucun paiement n'est effectué pour des prétentions:

- a. dont le montant ne peut pas encore être fixé définitivement;
- b. dont les ayants droit ne sont pas encore connus de manière définitive;
- c. qui sont partiellement couvertes par des gages à l'étranger non encore réalisés, ou

¹⁹ RS 281.1

- d. pour lesquelles les ayants droit vont probablement être partiellement désintéressés dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée étrangère en relation avec la faillite de la banque.

Art. 34 Rapport final et consignation

¹ Le liquidateur de la faillite adresse un rapport final à la Commission des banques résumant le déroulement de la faillite bancaire.

² Le rapport final contient en outre:

- a. un exposé sur l'issue des procès ayant trait à la fixation de l'actif et du passif de la masse;
- b. des données sur l'état des droits cédés aux créanciers selon l'art. 260 LP²⁰, et
- c. une liste des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées, avec pour chacun l'indication des motifs pour lesquels le versement ou la restitution n'ont pu être exécutés jusqu'ici.

³ La Commission des banques adopte les dispositions nécessaires sur la consignation des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et non encore restituées.

⁴ Elle publie la clôture de la faillite bancaire.

Art. 35 Acte de défaut de biens

¹ Les créanciers peuvent requérir auprès du liquidateur de la faillite et, après clôture de la faillite bancaire, auprès de la Commission des banques, contre paiement d'une contribution forfaitaire, un acte de défaut de biens pour le montant impayé de leur prétention, conformément à l'art. 265 LP²¹.

² Le liquidateur de la faillite rend les créanciers attentifs à cette possibilité lors du paiement de leur part.

Art. 36 Conservation des pièces

¹ Après la clôture ou la suspension de la faillite bancaire, la Commission des banques règle la conservation des pièces de la faillite et de la banque.

² Les pièces de la faillite et de la banque subsistantes doivent être détruites sur ordre de la Commission des banques après expiration d'un délai de dix ans suivant la clôture ou la suspension de la faillite bancaire.

³ Les dispositions légales spécifiques contraires en matière de conservation de certaines pièces sont réservées.

²⁰ RS 281.1

²¹ RS 281.1

Art. 37 Biens découverts ultérieurement et biens consignés

¹ Si des biens ou d'autres prétentions qui n'ont pas été inclus dans la masse en faillite sont découverts dans les dix ans suivant la clôture de la faillite bancaire, la Commission des banques désigne un liquidateur de faillite, qui reprend la procédure de faillite bancaire sans autre formalité.

² La distribution s'effectue en faveur des créanciers qui ont subi une perte et dont les données nécessaires pour le paiement sont connues du liquidateur de la faillite. Le liquidateur de la faillite peut inviter les créanciers à lui faire connaître leurs données actuelles en leur indiquant qu'à défaut ils seront déchés de leurs droits. Il leur fixe un délai raisonnable à cette fin.

³ Les biens consignés qui deviennent disponibles ou qui n'ont pas été retirés dans les dix ans, seront, sous réserve d'une base légale spéciale contraire, également réalisés selon l'al. 1 et distribués selon l'al. 2.

Chapitre 7 Entrée en vigueur**Art. 38**

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} août 2005.

**Ordinanza
della Commissione federale delle banche
relativa al fallimento di banche
e di commercianti di valori mobiliari
(Ordinanza sul fallimento bancario, OFB)**

del 30 giugno 2005 (Stato 26 luglio 2005)

La Commissione federale delle banche,

visto l'articolo 34 capoverso 3 della legge dell'8 novembre 1934¹ sulle banche (LBCR),

ordina:

Capo primo: Disposizioni generali

Art. 1 Oggetto

La presente ordinanza disciplina la procedura del fallimento bancario e completa gli articoli 33–37g LBCR.

Art. 2 Campo di applicazione

Sono considerate banche ai sensi della presente ordinanza

- a. le banche secondo la LBCR;
- b. i commercianti di valori mobiliari secondo la legge del 24 marzo 1995² sulle borse (LBVM); nonché
- c. tutte le persone fisiche e giuridiche che esercitano un'attività sottoposta ad autorizzazione quale banca o commerciante di valori mobiliari.

Art. 3 Universalità

¹ Il fallimento bancario comprende tutti i beni realizzabili che appartengono alla banca al momento della dichiarazione di fallimento, sia che si trovino in Svizzera o all'estero.

² Tutti i creditori della banca e delle sue succursali estere sono autorizzati a partecipare, nella stessa misura e con gli stessi privilegi, alla procedura di fallimento bancario aperta in Svizzera.

³ Sono considerati beni patrimoniali della succursale svizzera di una banca estera tutti gli attivi costituiti da persone che hanno agito per questa succursale.

RU 2005 3539

¹ RS 952.0

² RS 954.1

Art. 4 Pubblicazioni

¹ Le pubblicazioni sono effettuate nel Foglio ufficiale svizzero di commercio e di regola nel sito Internet della Commissione delle banche.

² Le comunicazioni vengono notificate ai creditori, i cui nome e indirizzo sono noti. Inoltre se conseguenze giuridiche sono legate alla loro conoscenza, ne verrà fatto riferimento tramite pubblicazione.

³ La pubblicazione sul Foglio ufficiale svizzero di commercio è determinante per il calcolo dei termini e le conseguenze della pubblicazione.

Art. 5 Consultazione degli atti

¹ La persona che rende verosimile la diretta compromissione dei suoi interessi patrimoniali a causa del fallimento bancario, può prendere visione dei documenti relativi al fallimento. Il segreto bancario di cui agli articoli 47 LBCR e 43 LBVM³ deve essere tutelato nella misura del possibile.

² La consultazione degli atti può essere limitata a determinate fasi della procedura oppure limitata o preclusa se sussistono interessi contrari preponderanti.

³ Le informazioni ottenute mediante la consultazione degli atti (in particolare della graduatoria) possono essere utilizzate unicamente per salvaguardare i propri interessi patrimoniali.

⁴ Il liquidatore del fallimento può subordinare la consultazione degli atti a una dichiarazione ai sensi del capoverso 3 e previa comminatoria delle pene di cui agli articoli 50 LBCR e 292 del Codice penale⁴ per i casi di violazioni.

⁵ Il liquidatore del fallimento e, dopo la conclusione della procedura di fallimento bancario, la Commissione delle banche decidono in merito alla consultazione degli atti.

Art. 6 Denuncia alla Commissione delle banche

¹ Gli atti e le decisioni del liquidatore del fallimento, della delegazione dei creditori e dell'assemblea dei creditori o di una persona da essi incaricata, non sono decisioni ai sensi della legge federale del 20 dicembre 1968⁵ sulla procedura amministrativa (PA).

² Chiunque venga toccato nei propri interessi da suddetti atti, decisioni oppure omissioni, può denunciare la fattispecie alla Commissione delle banche.

³ I denunzianti non sono parti ai sensi della PA.

Art. 7 Impugnazione di atti di realizzazione

¹ Il liquidatore del fallimento allestisce periodicamente un piano di realizzazione che informa sui rimanenti attivi del fallimento da realizzare e sul modo della loro realizzazione.

³ RS 954.1

⁴ RS 311.0

⁵ RS 172.021

² Gli atti di realizzazione che possono essere effettuati senza differimento ai sensi dell'articolo 29 non devono essere inclusi nel piano di realizzazione.

³ Il liquidatore del fallimento comunica il piano di realizzazione ai creditori e fissa loro un termine entro il quale possono chiedere alla Commissione delle banche di rendere una decisione impugnabile per ogni atto di realizzazione previsto.

Art. 8 Foro del fallimento

¹ Il foro del fallimento si trova alla sede della banca o della succursale di una banca estera.

² Se vi sono più sedi o succursali di una banca estera in Svizzera, la Commissione delle banche stabilisce il foro unico del fallimento.

³ Il foro del fallimento delle persone fisiche si trova nel luogo del domicilio commerciale al momento della dichiarazione del fallimento bancario.

Art. 9 Compiti del liquidatore del fallimento

Il liquidatore del fallimento conduce la procedura in modo celere. Egli

- a. tutela e realizza gli attivi del fallimento;
- b. provvede alla gestione necessaria alla procedura di fallimento bancario;
- c. rappresenta la massa del fallimento in tribunale;
- d. si occupa, in collaborazione con i responsabili della garanzia dei depositi, dell'accertamento e del pagamento dei depositi garantiti ai sensi dell'articolo 37h LBCR.

Art. 10 Riconoscimento di decreti di fallimento e di misure esteri

¹ Se la Commissione delle banche riconosce un decreto di fallimento estero secondo l'articolo 37g LBCR, le disposizioni della presente ordinanza vengono applicate ai beni depositati in Svizzera.

² Essa stabilisce il foro unico del fallimento in Svizzera e la cerchia dei creditori privilegiati secondo l'articolo 37g capoverso 3 LBCR.

³ Essa pubblica il riconoscimento di un decreto di fallimento estero e la cerchia dei creditori privilegiati.

⁴ Se riconosce un'altra misura di liquidazione o di risanamento estera, essa determina la procedura applicabile.

Capo secondo: Procedura

Art. 11 Pubblicazione e grida ai creditori

¹ La Commissione delle banche notifica la decisione di fallimento e la pubblica unitamente alla grida ai creditori.

² La pubblicazione contiene segnatamente le seguenti informazioni:

- a. il nome della banca, la sua sede e le sue succursali;
- b. la data e il momento della dichiarazione di fallimento;
- c. il foro del fallimento;
- d. il nome e l'indirizzo del liquidatore del fallimento;
- e. l'invito ai creditori e alle persone che rivendicano beni in possesso della banca a notificare i loro crediti e le loro pretese entro il termine impartito producendo i mezzi di prova;
- f. il riferimento ai crediti notificati ai sensi dell'articolo 24;
- g. il riferimento agli obblighi di messa a disposizione e di notifica secondo gli articoli 15–17.

³ Il liquidatore del fallimento può trasmettere un esemplare della pubblicazione ai creditori conosciuti.

Art. 12 Assemblea dei creditori

¹ Su richiesta del liquidatore del fallimento, la Commissione delle banche decide sulle competenze di un'eventuale assemblea dei creditori come pure sui quorum delle presenze e dei voti necessari per le deliberazioni.

² Tutti i creditori possono partecipare all'assemblea dei creditori o farsi rappresentare alla stessa. In caso di dubbio, il liquidatore del fallimento decide in merito all'ammissione.

³ Il liquidatore del fallimento conduce le trattative e fa rapporto sulle condizioni patrimoniali della banca e sullo stato della procedura.

⁴ I creditori possono deliberare anche per mezzo di circolare. Una richiesta del liquidatore del fallimento è considerata accettata se non viene respinta espressamente da un creditore entro il termine impartito.

Art. 13 Delegazione dei creditori

¹ La Commissione delle banche decide, su proposta del liquidatore del fallimento, in merito a designazione, composizione, compiti e competenze della delegazione dei creditori.

² Se i responsabili della garanzia dei depositi hanno rimborsato in misura considerevole i depositi privilegiati ai sensi dell'articolo 37*h* LBCR, un loro rappresentante deve essere nominato in seno alla delegazione dei creditori.

³ La Commissione delle banche ne nomina il presidente e stabilisce la procedura per le deliberazioni nonché le indennità dei singoli membri.

Capo terzo: Attivi del fallimento

Art. 14 Formazione dell'inventario

¹ Il liquidatore del fallimento allestisce un inventario sui beni appartenenti alla massa del fallimento.

² Fatte salve le disposizioni che seguono, la formazione dell'inventario si basa sugli articoli 221–229 della legge federale dell'11 aprile 1889⁶ sulla esecuzione e sul fallimento (LEF).

³ I valori depositati e defalcati dalla massa ai sensi dell'articolo 37d LBCR sono registrati nell'inventario per il loro controvalore al momento della dichiarazione di fallimento. L'inventario indica gli eventuali diritti della banca nei confronti del deponente che sono di ostacolo alla distrazione dei beni dalla massa.

⁴ Il liquidatore del fallimento propone alla Commissione delle banche le misure necessarie alla salvaguardia dei beni della massa del fallimento.

⁵ Il liquidatore del fallimento sottopone l'inventario al banchiere o all'organo scelto dai proprietari della banca. Questi si pronunciano sulla completezza ed esattezza dell'inventario. La loro dichiarazione viene ripresa nell'inventario.

Art. 15 Obblighi di messa a disposizione e di notifica

¹ I debitori della banca e le persone che detengono beni patrimoniali a titolo di pegno o ad altro titolo devono annunciarsi al liquidatore del fallimento e mettergli a disposizione tali beni patrimoniali entro i termini di cui all'articolo 11.

² I crediti devono essere annunciati anche quando viene fatta valere una compensazione.

³ Un diritto di prelazione esistente si estingue se la notifica o la messa a disposizione è omessa subdolamente.

Art. 16 Eccezioni all'obbligo di messa a disposizione

¹ I titoli che hanno la funzione di garanzia e altri strumenti finanziari non devono essere messi a disposizione qualora siano date le condizioni legali per una realizzazione da parte del beneficiario di una garanzia.

² Tali beni patrimoniali devono tuttavia essere notificati, unitamente alla prova del diritto di realizzazione, al liquidatore del fallimento, che deve menzionarli nell'inventario.

³ Il beneficiario della garanzia deve chiedere conto al liquidatore del fallimento degli utili realizzati da tali beni patrimoniali. Un'eventuale eccedenza affluisce nella massa del fallimento.

⁶ RS 281.1

Art. 17 Eccezioni all'obbligo di notifica

¹ La Commissione delle banche può decidere che i crediti della banca iscritti nei libri non vengano notificati dai loro debitori.

² Sono crediti iscritti nei libri quelli su cui il debitore è stato regolarmente informato dalla banca sullo stato e sull'entità mediante attestazione.

Art. 18 Rivendicazione di terzi

¹ Il liquidatore del fallimento stabilisce se elementi patrimoniali rivendicati da terzi devono essere messi a disposizione.

² Se ritiene fondata una pretesa di messa a disposizione, egli concede al creditore la possibilità di richiedere la cessione del diritto di contestazione ai sensi dell'articolo 260 capoversi 1 e 2 LEF⁷. Egli impartisce a tale scopo un congruo termine.

³ Se ritiene infondata la pretesa di messa a disposizione oppure se dei creditori hanno richiesto la cessione del diritto di contestazione, egli impartisce loro un termine per promuovere l'azione dinanzi al giudice del luogo del fallimento. La mancata utilizzazione di questo termine è parificata alla rinuncia alla messa a disposizione

⁴ In caso di cessione, l'azione deve essere diretta contro i creditori cessionari. Il liquidatore del fallimento fornisce al terzo i nomi dei creditori cessionari e gli fissa un termine per agire.

Art. 19 Crediti, pretese e revocazioni della massa

¹ Il liquidatore riscuote i crediti esigibili della massa del fallimento, se del caso, in via di esecuzione.

² Il liquidatore del fallimento esamina le pretese della massa del fallimento su beni mobili in possesso o possesso congiunto di terzi oppure su fondi iscritti nel registro fondiario a nome di terzi.

³ Egli esamina la possibilità di revocazione di atti secondo gli articoli 286–288 LEF⁸. I termini di cui agli articoli 286–288 LEF non comprendono la durata di una procedura di risanamento, né l'emanazione di misure di protezione secondo l'articolo 26 capoverso 1 lettere e–h LBCR.

⁴ Se intende far valere mediante azione crediti contestati o pretesi secondo i capoversi 2 o 3, il liquidatore del fallimento deve chiedere alla Commissione delle banche l'autorizzazione nonché eventuali istruzioni al riguardo.

⁵ Se non fa valere giuridicamente il diritto, il liquidatore del fallimento concede ai creditori la possibilità di richiedere la cessione ai sensi dell'articolo 260 capoversi 1 e 2 LEF. Egli impartisce a tale scopo un congruo termine.

⁶ In luogo della cessione ai creditori, il liquidatore del fallimento può realizzare secondo l'articolo 29 i crediti e le rimanenti pretese della massa che non ha fatto valere giuridicamente.

⁷ RS 281.1

⁸ RS 281.1

⁷ La realizzazione secondo il capoverso 6 è esclusa in caso di revocazioni secondo il capoverso 3 come pure in caso di pretese fondate sulla responsabilità secondo l'articolo 39 LBCR.

Art. 20 Continuazione di procedure pendenti

¹ Il liquidatore del fallimento esamina le pretese della massa del fallimento che, al momento della dichiarazione di fallimento, erano oggetto di procedure (procedure civili o amministrative), e formula proposte alla Commissione delle banche in vista della loro continuazione

² Se la Commissione delle banche nega la continuazione, il liquidatore del fallimento concede ai creditori la possibilità di richiedere la cessione del diritto di intentare una procedura ai sensi dell'articolo 260 capoversi 1 e 2 LEF⁹. Egli impartisce a tale scopo un congruo termine.

Art. 21 Sospensione per mancanza di attivi

¹ Se gli attivi del fallimento non sono sufficienti per eseguire la procedura di fallimento bancario, il liquidatore del fallimento chiede alla Commissione delle banche di sospendere la procedura per mancanza di attivi.

² La Commissione delle banche annuncia pubblicamente la sospensione della procedura. Nella pubblicazione notifica che la procedura sarà ripresa se, entro il termine da essa impartito, un creditore fornisce le garanzie stabilite per le spese non coperte dagli attivi.

³ Se le garanzie stabilite non vengono versate tempestivamente, ogni creditore pignoratorio può, entro il termine impartito, richiedere la realizzazione del suo pegno alla Commissione delle banche. La Commissione delle banche incarica un liquidatore del fallimento di effettuare la realizzazione.

⁴ La Commissione delle banche ordina la realizzazione degli attivi di una persona giuridica dei quali nessun creditore pignoratorio ha richiesto tempestivamente la realizzazione. Un eventuale ricavo residuo dopo la copertura delle spese di realizzazione e degli oneri gravanti il singolo attivo è versato alla Confederazione a titolo di copertura delle spese della Commissione delle banche.

⁵ Se la procedura di fallimento bancario contro una persona fisica è stata sospesa, alla procedura di pignoramento si applica l'articolo 230 capoversi 3 e 4 LEF¹⁰.

Capo quarto: Passivi del fallimento

Art. 22 Maggioranza dei creditori

¹ Se esistono crediti comuni nei confronti della banca, il possesso comune deve essere trattato come un creditore distinto dagli aventi diritto.

⁹ RS 281.1

¹⁰ RS 281.1

² I crediti solidali devono essere accreditati in parti uguali a tutti i creditori solidali, purché la banca non goda di un diritto di compensazione. I singoli riparti sono considerati crediti dei singoli creditori solidali.

Art. 23 Depositi privilegiati

¹ Sono depositi privilegiati secondo l'articolo 37*b* LBCR tutti i crediti dei clienti derivanti da un'attività bancaria o di negoziazione di titoli, che sono contabilizzati o dovrebbero essere contabilizzati nelle poste di bilancio secondo l'articolo 25 capoverso 1 numeri da 2.3–2.5 dell'ordinanza del 17 maggio 1972¹¹ sulle banche (OBCR).

² I crediti a titolo del portatore, ad eccezione delle obbligazioni di cassa depositate presso la banca a nome del deponente, non sono depositi ai sensi dell'articolo 37*b* LBCR. Le obbligazioni di cassa che non sono depositate presso la banca nonché le domande di risarcimento del danno contrattuali ed extracontrattuali come, in particolare, le richieste di risarcimento per valori depositati non esistenti secondo l'articolo 37*d* LBCR, non sono parimenti depositi ai sensi dell'articolo 37*b* LBCR.

³ Sono depositi dei singoli intestatari della previdenza e degli assicurati i crediti di fondazioni bancarie secondo l'articolo 5 capoverso 2 dell'ordinanza del 13 novembre 1985¹² sulla legittimazione alle deduzioni fiscali per i contribuiti a forme di previdenza riconosciute e di fondazioni di libero passaggio secondo l'articolo 19 capoverso 2 dell'ordinanza del 3 ottobre 1994¹³ sul libero passaggio. I crediti sono tuttavia versati alla relativa fondazione bancaria o di libero passaggio.

⁴ I crediti ai sensi del capoverso 3 sono privilegiati secondo l'articolo 37*b* LBCR nella misura in cui l'ammontare massimo dei crediti immediatamente rimborsabili del singolo intestatario della previdenza o dell'assicurato non sia già raggiunto.

Art. 24 Esame dei crediti

¹ Il liquidatore del fallimento esamina i crediti annunciati e quelli da considerare per legge. Al riguardo può fare tutti gli accertamenti e invitare i creditori a produrre ulteriori prove.

² I crediti da considerare per legge sono quelli risultanti dal registro fondiario, compresi gli interessi correnti, nonché i crediti iscritti nei libri.

³ Sono crediti iscritti nei libri quelli in merito al cui stato ed entità i creditori sono stati regolarmente informati dalla banca mediante estratti o conferme dei saldi.

⁴ Il liquidatore del fallimento si procura la dichiarazione di un banchiere o di un organo scelto dai proprietari della banca relativa ai crediti non iscritti nei libri. I crediti iscritti nei libri sono considerati come riconosciuti dalla banca secondo l'articolo 265 LEF¹⁴.

¹¹ RS 952.02

¹² RS 831.461.3

¹³ RS 831.425

¹⁴ RS 281.1

Art. 25 Graduatoria

¹ Il liquidatore del fallimento decide in merito all'accettazione di un credito, sulla sua entità e il suo grado e allestisce una graduatoria.

² Se la massa del fallimento comprende un fondo, il liquidatore del fallimento allestisce un elenco degli oneri che lo gravano (diritti di pegno, servitù, oneri fondiari e diritti personali annotati). L'elenco degli oneri è parte integrante della graduatoria

³ Nella misura in cui siano stati soddisfatti, i piccoli depositi secondo l'articolo 37a LBCR non devono più essere registrati nella graduatoria.

Art. 26 Crediti oggetto di litispendenze

¹ I crediti oggetto di litispendenze già pendenti davanti l'autorità giudiziaria (procedure civili o amministrative) al momento della dichiarazione del fallimento in Svizzera, vengono dapprima registrati pro memoria nella graduatoria.

² Se rinuncia a continuare la procedura, il liquidatore del fallimento concede ai creditori la possibilità di richiedere la cessione del diritto ai sensi dell'articolo 260 capoverso 1 LEF¹⁵.

³ Se la procedura non viene continuata né dalla massa del fallimento, né da singoli creditori cessionari, il credito è considerato riconosciuto e i creditori non hanno più diritto di contestarlo.

⁴ Se la procedura viene continuata da singoli creditori cessionari, l'ammontare di cui è ridotto il riparto del creditore soccombente ove essi prevalgano serve a soddisfare i creditori cessionari fino alla copertura integrale dei loro crediti in graduatoria e delle loro spese processuali. Un'eventuale eccedenza affluisce nella massa del fallimento.

Art. 27 Consultazione della graduatoria

¹ Nel quadro dell'articolo 5 i creditori possono consultare la graduatoria durante almeno 20 giorni.

² Il liquidatore del fallimento pubblica da quale momento e in che forma può essere effettuata la consultazione.

³ Egli può prevedere che la consultazione avvenga presso l'ufficio del fallimento del foro del fallimento.

⁴ Egli comunica a ogni creditore, i cui crediti non sono stati inseriti nella graduatoria come notificati o come iscritti nei libri o nel registro fondiario, i motivi per i quali i suoi crediti sono stati rigettati in tutto o in parte.

¹⁵ RS 281.1

Art. 28 Contestazione della graduatoria

¹ Le azioni di contestazione della graduatoria si fondano sull'articolo 250 LEF¹⁶.

² Il termine decorre dal momento in cui è data la possibilità di consultare la graduatoria.

Capo quinto: Realizzazione**Art. 29** Modo di realizzazione

¹ Il liquidatore del fallimento decide modalità e momento della realizzazione e vi procede.

² I beni costituiti in pegno non possono essere realizzati in modo diverso dai pubblici incanti se non col consenso dei creditori pignorati.

³ I beni possono essere realizzati senza indugio se:

- a. sono oggetti esposti a rapido deprezzamento;
- b. richiedono spese di amministrazione eccessive;
- c. vengono negoziati in un mercato riconosciuto; oppure
- d. non hanno un valore significativo.

Art. 30 Incanto pubblico

¹ Gli incanti pubblici avvengono secondo gli articoli 257–259 LEF¹⁷, fatte salve le seguenti disposizioni.

² Il liquidatore del fallimento effettua l'incanto. Nelle condizioni d'incanto può fissare un'offerta minima per il primo incanto.

³ Egli rende pubblica la possibilità di consultare le condizioni d'incanto. Può prevedere che la consultazione avvenga presso l'ufficio del fallimento del luogo in cui si trova la cosa.

Art. 31 Cessione dei diritti

¹ Il liquidatore del fallimento determina nella dichiarazione di cessione di un diritto sulla massa del fallimento ai sensi dell'articolo 260 LEF¹⁸ il termine entro il quale il creditore cessionario deve far valere il diritto. Allo spirare infruttuoso del termine la cessione si estingue.

² I creditori cessionari informano senza indugio il liquidatore del fallimento e, dopo la conclusione della procedura di fallimento bancario, la Commissione delle banche sul risultato dell'azione proposta.

¹⁶ RS 281.1

¹⁷ RS 281.1

¹⁸ RS 281.1

³ Se nessun creditore esige una cessione o se il termine per far valere i diritti trascorre infruttuoso, il liquidatore del fallimento e, dopo la conclusione della procedura di fallimento bancario, la Commissione delle banche, decide sull'eventuale ulteriore realizzazione di questi diritti.

Capo sesto: Ripartizione e conclusione

Art. 32 Impegni della massa

Sono coperti dalla massa del fallimento in primo luogo e nel seguente ordine:

1. gli impegni secondo l'articolo 37 LBCR,
2. gli impegni contratti dalla massa del fallimento nel corso della procedura di fallimento,
3. tutte le spese per l'apertura e l'esecuzione della procedura di fallimento bancario, come pure
4. i debiti nei confronti di un terzo depositario ai sensi dell'articolo 37d LBCR.

Art. 33 Ripartizione

¹ Il liquidatore del fallimento può prevedere ripartizioni provvisorie. Al riguardo allestisce uno stato di ripartizione provvisorio e lo sottopone per approvazione alla Commissione delle banche.

² Allorquando tutti gli attivi sono stati realizzati e tutti i processi inerenti alla determinazione dell'attivo e del passivo della massa sono stati liquidati, il liquidatore del fallimento compila lo stato di ripartizione definitivo e il conto finale e li sottopone per approvazione alla Commissione delle banche. Non è necessario tener conto dell'esito dei processi intentati da singoli creditori ai sensi dell'articolo 260 LEF¹⁹.

³ Dopo l'approvazione dello stato di ripartizione il liquidatore del fallimento effettua i pagamenti ai creditori.

⁴ Non vengono effettuati pagamenti per crediti:

- a. il cui stato o entità non è stato definitivamente determinato;
- b. i cui aventi diritto non sono ancora stati definitivamente identificati;
- c. che sono in parte coperti da garanzie non ancora realizzate all'estero; oppure
- d. che verranno probabilmente parzialmente tacitati nel quadro di una procedura di esecuzione forzata in corso all'estero, in relazione con il fallimento bancario.

¹⁹ RS 281.1

Art. 34 Relazione finale e deposito

¹ Il liquidatore del fallimento presenta una relazione finale alla Commissione delle banche sull'andamento della procedura di fallimento bancario.

² La relazione finale contiene inoltre:

- a. considerazioni sulla liquidazione di tutti i processi inerenti alla determinazione dell'attivo e del passivo della massa;
- b. indicazioni sullo stato dei diritti ceduti ai creditori secondo l'articolo 260 LEF²⁰; nonché
- c. un elenco dei riparti non ancora versati nonché dei valori in deposito distratti e non ancora messi a disposizione con l'indicazione dei motivi per i quali il versamento o la messa a disposizione non hanno ancora potuto essere effettuati.

³ La Commissione delle banche adotta le disposizioni necessarie per il deposito dei riparti non ancora versati come pure dei valori in deposito distratti e non ancora messi a disposizione.

⁴ La Commissione delle banche annuncia pubblicamente la chiusura del fallimento bancario.

Art. 35 Attestato di carenza di beni

¹ I creditori possono richiedere al liquidatore del fallimento e, dopo la conclusione della procedura di fallimento bancario, alla Commissione delle banche, dietro pagamento di un importo forfetario, un attestato di carenza di beni per l'ammontare rimasto scoperto del suo credito, conformemente all'articolo 265 LEF²¹.

² Il liquidatore del fallimento rende edotti i creditori su questa possibilità nel quadro del pagamento del loro riparti.

Art. 36 Conservazione degli atti

¹ Dopo la conclusione o la sospensione della procedura di fallimento bancario la Commissione delle banche disciplina la conservazione dei documenti relativi al fallimento e alla banca.

² I documenti relativi al fallimento e alla banca ancora disponibili devono essere distrutti su ordine della Commissione delle banche dopo dieci anni dalla chiusura o dalla sospensione della procedura di fallimento bancario.

³ Sono fatte salve le disposizioni di diverso tenore in materia di conservazione di singoli atti previste da leggi specifiche.

²⁰ RS 281.1

²¹ RS 281.1

Art. 37 Beni scoperti e depositati successivamente

¹ Se entro dieci anni dalla conclusione della procedura di fallimento bancario vengono scoperti beni o altre pretese che fino a tal momento non facevano parte della massa del fallimento, la Commissione delle banche designa un liquidatore del fallimento che riprende la procedura di fallimento bancario senza ulteriori formalità.

² La ripartizione avviene a favore dei creditori che hanno subito perdite e dei quali il liquidatore del fallimento conosce i dati necessari per il versamento. Il liquidatore del fallimento può invitare i creditori a fornirgli i dati aggiornati, pena la perenzione del loro diritto. Egli impartisce a tale scopo un congruo termine.

³ I beni patrimoniali depositati che divengono disponibili o che non sono stati ritirati dopo dieci anni vengono parimenti realizzati secondo il capoverso 1 e ripartiti conformemente al capoverso 2, fatte salve disposizioni di diverso tenore in materia di conservazione previste da leggi specifiche.

Capo settimo: Entrata in vigore**Art. 38**

La presente ordinanza entra in vigore il 1° agosto 2005.

Vereinbarung der Schweizer Banken und Effekthändler über die Einlagensicherung

Um bei Einschränkung der Geschäftstätigkeit oder Anordnung der Zwangsliquidation einer Bank bzw. eines Effekthändlers durch die Eidgenössische Bankenkommission die Auszahlung der gesicherten Einlagen innert dreier Monate zu gewährleisten, vereinbarten die Schweizer Banken und Effekthändler im Rahmen von Art. 37h des Bankengesetzes¹ bzw. Art. 36a des Börsengesetzes² mit deren Einlagensicherung (nachstehend: Einlagensicherungsverein) was folgt:

Erster Abschnitt: Anwendungsfall

Art. 1: Verfügung der EBK

1 Verfügt die Eidgenössische Bankenkommission (nachstehend: EBK) für eine Bank oder einen Effekthändler in der Schweiz (nachstehend: Bank) eine Schutzmassnahme oder die Zwangsliquidation (Art. 37h Abs. 3 Bst. a des Bankengesetzes, Art. 36a des Börsengesetzes), so stellen die anderen Banken und Effekthändler (nachstehend: Banken) Gelder bereit (Art. 5 dieser Vereinbarung), damit die nach Art. 37b des Bankengesetzes bzw. Art. 23 der EBK-Bankenkonkursverordnung privilegierten Einlagen innert dreier Monate den berechtigten Einlegern ausgezahlt werden können.

¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0).

² Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (SR 954.1).

2 Eine Auszahlung nach dieser Vereinbarung erfolgt erst, wenn die Verfügung der EBK dem Einlagensicherungsverein mitgeteilt wurde und vollstreckbar ist.

Art. 2: Einlagensicherungsverein, Bankkundengeheimnis

Der Einlagensicherungsverein handelt als Beauftragter der Banken und wahrt das Bankkundengeheimnis (Art. 47 des Bankengesetzes, Art. 43 des Börsengesetzes). Er ist berechtigt, die Erfüllung seiner Pflichten aus dieser Vereinbarung ganz oder teilweise und unter Wahrung des Bankkundengeheimnisses auf Dritte zu übertragen (Outsourcing).

Art. 3: Verrechnungsverzicht

Die Berechnung der privilegierten Einlagen erfolgt «brutto»; eine Verrechnung der Bank mit Schulden des Einlegers ist im Umfang des maximal privilegierten Betrags ausgeschlossen. Dies gilt unwiderruflich und ist für die Entscheidungsträger der Bank verbindlich.³

Art. 4: Berechtigte Einleger und auszuzahlende Einlagen

1 Einleger nach dieser Vereinbarung ist jeder Gläubiger, für den die Bank eine unter Art. 37b des Bankengesetzes privilegierte Einlage führt.

2 Einlage im Sinn von Art. 37b des Bankengesetzes ist jede Einlage im Sinn von Art. 23 der EBK-Bankenkonkursverordnung.

³ Dazu das Gutachten Prof. Dr. Dieter Zobl, Zürich, an die Schweizerische Bankiervereinigung vom 20. Dezember 2004.

3 Bei Einlagen zu gesamter Hand wie z. B. ungeteilten Nachlässen und einfachen Gesellschaften ist gemäss Art. 22 der EBK-Bankenkonkursverordnung «die Gesamthand als eine von den berechtigten Personen getrennte Gläubigerin zu behandeln».

Art. 5: Beiträge der Banken im Anwendungsfall

1 Nach Erhalt der schriftlichen Mitteilung der EBK gemäss Art. 55 Abs. 1 der Bankenverordnung⁴ berechnet und erhebt der Einlagensicherungsverein die von den Banken zu leistenden Beiträge. Dabei stützt er sich auf die letzte Meldung der privilegierten Guthaben der betroffenen Bank oder – falls schon vorliegend – neuere, vom Konkursliquidator oder EBK-Beauftragten (Sanierungs- bzw. Untersuchungsbeauftragten, nachstehend: EBK-Beauftragten) bestätigte Unterlagen.

2 Die Beiträge sind für jede Bank im Verhältnis der privilegierten Einlagen bei ihr zu den privilegierten Einlagen bei den Banken insgesamt zu errechnen. Dabei ist auf die jeweils letzte Meldung der privilegierten Einlagen an die EBK und die Summe dieser Meldungen abzüglich jener der betroffenen Bank abzustellen (Art. 19 Abs. 2 der Bankenverordnung).

3 Weitere Banken, für die der Anwendungsfall eintritt, sind ab sofort von weiteren Beitragspflichten aus dieser Vereinbarung befreit. Diese weiteren Verpflichtungen wachsen anteilswise den übrigen Banken an. Eine vorzeitige Rückerstattung bereits geleisteter Zahlungen ist ausgeschlossen.

⁴Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 (SR 952.02).

4 Der Einlagensicherungsverein kann Gruppenverbände der Banken oder andere Dritte mit der Berechnung und Erhebung der Beiträge beauftragen.

5 Im Anwendungsfall hat der Einlagensicherungsverein sicherzustellen, dass er nach Ablauf von 45 Kalendertagen ab Mitteilung der EBK-Verfügung gemäss Art. 1 dieser Vereinbarung bzw. deren Vollstreckbarkeit eine Akontozahlung in maximaler Höhe der für das Vorjahresende gemeldeten privilegierten Guthaben der betroffenen Bank an den Konkursliquidator oder EBK-Beauftragten leisten kann. Reicht der bereitgestellte Betrag nicht aus, um den Bedarf gemäss Auszahlungsplan zu decken (Art. 57 der Bankenverordnung), stellt der Einlagensicherungsverein den Differenzbetrag terminlich so zur Verfügung, dass die Auszahlung der privilegierten Guthaben fristgerecht sichergestellt werden kann.

6 Der Einlagensicherungsverein fordert die zur Erfüllung seiner Zahlungspflichten aufgrund des vorstehenden Abs. 5 nötigen Mittel bei den Banken ein. Die ihnen dabei jeweils gesetzten Zahlungsfristen sind verbindlich. Insoweit gilt diese Vereinbarung als Schuldanererkennung gemäss Art. 82 Abs. 1 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes. Kommt eine Bank dieser Zahlungsaufforderung in der gesetzten Frist nicht nach, setzt ihr der Einlagensicherungsverein eine Nachfrist von fünf Bankwerktagen und gibt der EBK davon Kenntnis. Um seinen Pflichten gegenüber den Einlegern dennoch und fristgerecht nachkommen zu können, kann der Einlagensicherungsverein einen Kredit in Höhe der fehlenden Mittel aufnehmen. Sämtliche dem Einlagensicherungsverein und den übrigen Banken daraus entstehenden Kosten wie Zinsen, Kommissionen, zusätzliche Delkrederekosten u. a. werden – sofern gegeben – säumigen Banken in Rechnung gestellt.

Dieser Kredit wird aus dem Liquidationserlös der betroffenen Bank vorrangig zurückbezahlt. Für grössere Beträge fordert der Einlagensicherungsverein den Fehlbetrag unter Ansetzung einer Frist von zehn Tagen bei den Banken ein.

7 Die von den Banken an den Einlagensicherungsverein bezahlten Beiträge werden nicht verzinst. Das entsprechende Zinsausfallrisiko trägt jede Bank selber.

8 Die Banken sind im Rahmen der Einlagensicherung zu keinen Leistungen ausser den in dieser Vereinbarung festgelegten verpflichtet, insbesondere nicht zu direkten Leistungen an die Einleger. Zu solchen ist durch diese Vereinbarung ausschliesslich der Einlagensicherungsverein verpflichtet (Art. 59 der Bankenverordnung).

Art. 6: Weiterleitung der Liquidationszahlungen an die Banken

Der Einlagensicherungsverein ist verpflichtet, die ihm aufgrund der Legalzession gemäss Art. 37i des Bankengesetzes aus der Liquidation der Bank zufließenden Mittel jeweils innert 30 Kalendertagen den Banken in Rückerstattung ihrer Beiträge nach Art. 5 dieser Vereinbarung zu überweisen.

Art. 7: Leistungsgrenze (Art. 37h Abs. 3 Bst. b des Bankengesetzes)

Die aufgrund dieser Vereinbarung geleisteten und noch nicht aus der Liquidation an den Einlagensicherungsverein zurückerstatteten Auszahlungen dürfen, ohne Verzinsung, zu keinem Zeitpunkt gesamthaft die Summe von CHF 4 Mrd. übersteigen. Die nach rechtskräftigem Kollokationsplan gemäss Einschätzung des Konkursliquidators vor-

aussichtlich ungedeckt bleibenden Zahlungen gelten als zurückerstattet.

Zweiter Abschnitt: Verschiedenes und Übergangsbestimmungen

Art. 8: Ermächtigung der EBK zur Weiterleitung von Daten an den Einlagensicherungsverein

1 Die Banken ermächtigen hiermit die EBK und den Konkursliquidator bzw. EBK-Beauftragten, ihre aufgrund von Art. 19 Abs. 2 der Bankenverordnung gemeldeten Daten dem Einlagensicherungsverein zur Verfügung zu stellen (vgl. Art. 55 Abs. 1 der Bankenverordnung), soweit er diese zur Erfüllung seiner Pflichten aus der vorliegenden Vereinbarung benötigt.

2 In Bezug auf diese Daten untersteht der Einlagensicherungsverein dem Bankkundengeheimnis (Art. 47 des Bankengesetzes, Art. 43 des Börsengesetzes).

Art. 9: Rechtliche Qualifikation dieser Vereinbarung

Diese Vereinbarung begründet keine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR. Daher sind die Banken aus ihr zu keinen Leistungen über die hier festgelegten Beiträge an die Einlagensicherung hinaus verpflichtet.

Art. 10: Schiedsgericht

1 Die Unterzeichner sind bei Meinungsverschiedenheiten aus oder im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung, einschliesslich solcher über ihr gültiges Zustandekommen, ihre Abänderung oder ihre Auflösung, ihre Auslegung oder Anwendung, gehalten, Gerichtsverfahren zu vermeiden und einvernehmliche Lösungen anzustreben.

2 Lässt sich ein Gerichtsverfahren über eine solche Meinungsverschiedenheit gleichwohl nicht vermeiden, ist es vor einem Schiedsgericht mit Sitz in Basel durchzuführen und endgültig zu entscheiden. Die Einleitung eines solchen Verfahrens hat keine aufschiebende Wirkung in Bezug auf die Beitragspflichten der Banken gemäss Art. 5 Abs. 7 dieser Vereinbarung.

3 Die einander gegenüberstehenden Parteien ernennen je einen Schiedsrichter, welche ihrerseits den Obmann des Schiedsgerichts ernennen. Sind an einem Verfahren mehrere Banken beteiligt, ernennen sie ihren Schiedsrichter gemeinsam durch einstimmigen Beschluss. Falls eine Partei ihren Schiedsrichter nicht innert 30 Tagen seit Erhalt der schriftlichen Mitteilung der andern Partei betreffend die Einleitung des Verfahrens ernannt hat, oder wenn sich die beiden Schiedsrichter nicht innert ebenfalls 30 Tagen auf einen Obmann geeinigt haben, wird das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt die Ernennung auf Verlangen einer Partei vornehmen. Kann ein Schiedsrichter sein Amt aus irgendwelchen Gründen nicht ausüben, muss die Partei, die ihn ernannt hat, nach demselben Verfahren innert 30 Tagen einen Nachfolger ernennen; dasselbe gilt für den Obmann.

4 Bei Ersetzung eines Schiedsrichters oder des Obmanns bleiben Prozesshandlungen, bei denen der Vorgänger mitgewirkt hat, weiterhin gültig.

5 Unter Vorbehalt gegenteiliger zwingender Vorschriften des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit und der Zivilprozessordnung des Kantons Basel-Stadt gelten deren Bestimmungen nur, soweit die Parteien bzw., wenn diese auf ihr diesbezügliches Recht verzichtet haben, das Schiedsgericht keine andere Verfahrensregelung trifft.

6 Das Schiedsgericht ist zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Art. 11: Inkrafttreten

1 Diese Vereinbarung tritt, vorbehältlich ihrer Genehmigung durch die EBK (Art. 37h Abs. 2 des Bankengesetzes), am 1. Januar 2006 in Kraft.

2 Bis dahin gilt noch die Vereinbarung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation vom 1. Juli 1993.

Convention des banques et négociants en valeurs mobilières suisses relative à la garantie des dépôts

Afin d'assurer le remboursement des dépôts garantis dans les trois mois en cas de limitation de l'activité ou d'ordre de liquidation forcée d'une banque respectivement d'un négociant en valeurs mobilières (ci-après négociant) prononcé par la Commission fédérale des banques, les Banques et négociants suisses conviennent, conformément à l'art. 37h de la loi sur les banques¹ respectivement l'art. 36a de la loi sur les bourses², de ce qui suit en matière de garantie de leurs dépôts (ci-après Association de Garantie des Dépôts):

Section première: Cas d'application

Art. 1: Décision de la CFB

1 Si la Commission fédérale des banques (ci-après CFB) décide à l'égard d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières en Suisse (ci-après désignés par banque) d'une mesure de protection ou d'une liquidation forcée (art. 37h, al. 3, let. a de la Loi sur les banques, art. 36a de la Loi sur les bourses), les autres banques et négociants en valeurs mobilières (ci-après désignés par banques) mettent des fonds à disposition (art. 5 de la présente convention) afin d'assurer dans un délai de 3 mois, conformément à l'art. 37b de la loi sur les banques ou de l'art. 23 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite bancaire, le remboursement des dépôts privilégiés aux déposants légitimes.

¹ Loi sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0).

² Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1).

2 Un remboursement en vertu de la présente convention n'intervient que dans la mesure où la décision de la CFB a été communiquée à l'Association de Garantie des Dépôts et qu'elle revêt un caractère exécutoire.

Art. 2: Association de Garantie des Dépôts, secret professionnel du banquier

Respectueuse du secret professionnel du banquier (art. 47 de la Loi sur les banques, art. 43 de la Loi sur les bourses), l'Association de Garantie des Dépôts agit en qualité de mandataire des banques. Elle est habilitée à transférer (externalisation) à des tiers, en tout ou en partie et en préservant le secret professionnel du banquier, l'exécution de ses obligations découlant de la présente convention.

Art. 3: Renonciation au principe de compensation

Le calcul des dépôts privilégiés s'effectue sur une base «brute»; une compensation par la banque avec les dettes du déposant dans les limites du montant privilégié maximal est exclue. Ce constat est irrévocable et engage les responsables de la banque³.

Art. 4: Déposants autorisés et dépôts à rembourser

1 Est déposant au sens de la présente convention tout créancier pour lequel la banque gère un dépôt privilégié tel que mentionné à l'art. 37b de la loi sur les banques.

³ Avis de droit du Professeur Dr Dieter Zobl, Zurich, du 20 décembre 2004 adressé à l'Association suisse des banquiers.

2 Constitue un dépôt au sens de l'art. 37b de la loi sur les banques tout dépôt au sens de l'art. 23 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite bancaire.

3 S'agissant de dépôts en main commune, comme p. ex. successions indivises et sociétés simples, «leur communauté doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit» conformément à l'art. 22 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite bancaire.

Art. 5: Contributions des banques en cas d'application du système de garantie

1 Après réception de la communication écrite de la CFB, en vertu de l'art. 55, al. 1 de l'Ordonnance sur les banques⁴, l'Association de Garantie des Dépôts calcule et prélève les contributions dues par les banques. A ce titre, elle se fonde sur la dernière annonce relative aux avoirs privilégiés de la banque concernée transmise à la CFB ou – si ceux-ci sont déjà disponibles – sur les derniers documents attestés par le liquidateur de la faillite ou le délégué de la CFB (chargé d'enquête ou délégué à l'assainissement, ci-après mandataire de la CFB).

2 Les contributions seront calculées pour chaque banque en appréciant les dépôts privilégiés chez elle par rapport aux dépôts privilégiés dans les banques globalement. A ce titre, il y a lieu de se baser sur la dernière annonce de dépôts privilégiés adressée à la CFB et sur le total de ces annonces moins celle de la banque concernée (art. 19, al. 2 de l'Ordonnance sur les banques).

⁴ Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 17 mai 1972 (RS 952.02).

3 D'autres banques, sujettes à un cas d'application, sont avec effet immédiat exemptées des obligations de contribution ultérieures découlant de la présente convention. Pour les banques restantes, les contributions augmentent de manière proportionnelle. Un remboursement anticipé de paiements effectués est exclu.

4 L'Association de Garantie des Dépôts peut charger des groupements bancaires ou d'autres tiers de calculer et de prélever les contributions.

5 En cas d'application, l'Association susmentionnée doit veiller à ce que, à l'issue de 45 jours calendaires à compter de la communication de la décision de la CFB mentionnée dans l'article premier de la présente convention respectivement de son entrée en caractère exécutoire, elle soit en mesure de verser au liquidateur ou au mandataire de la CFB un acompte à hauteur maximale des avoirs privilégiés annoncés à la fin de l'exercice précédent par la banque concernée. Si les fonds mis à disposition s'avèrent insuffisants pour couvrir les besoins stipulés dans le plan de remboursement (art. 57 de l'Ordonnance sur les banques), l'Association de Garantie des Dépôts acquitte la différence de sorte à pouvoir assurer le remboursement des avoirs privilégiés dans les délais impartis.

6 Conformément au paragraphe 5 ci-dessus, l'Association de Garantie des Dépôts réclame auprès des banques les fonds nécessaires à l'accomplissement de ses engagements de paiement. Les délais d'acquittement respectifs revêtent un caractère contraignant pour les banques. En cela, la présente convention a valeur de reconnaissance de dette, conformément à l'art. 82, al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Si une banque ne satisfait pas à cette sommation de payer dans les délais fixés, l'Association de Garantie des Dépôts lui ac-

corde un délai supplémentaire de cinq jours bancaires ouvrables et en informe la CFB. Afin de respecter malgré tout ses obligations envers les déposants dans les délais impartis, l'Association peut contracter un crédit à concurrence des moyens qui font défaut. La totalité des frais occasionnés à l'Association de Garantie des Dépôts et aux autres banques tels qu'intérêts, commissions, frais au titre du risque de ducroire est, le cas échéant, imputée aux établissements en demeure. Le remboursement de ce crédit est assuré prioritairement par prélèvement sur le produit de liquidation de la banque concernée. Dans le cas de montants plus importants, l'Association requiert le montant manquant auprès des banques, moyennant un délai de 10 jours.

7 Les montants acquittés par les banques à l'Association de Garantie des Dépôts ne sont pas rémunérés. Chaque établissement devra supporter le risque de perte d'intérêts y afférent.

8 S'agissant de la garantie des dépôts, à l'exception des prestations mentionnées dans la présente convention, les banques ne sont pas tenues à prestations, en particulier à des prestations directes aux déposants. Seule l'Association de Garantie des Dépôts en a l'obligation en vertu de la présente convention (art. 59 de l'Ordonnance sur les banques).

Art. 6: Transmission des versements de liquidités aux banques

L'Association de Garantie des Dépôts doit virer aux banques, dans les 30 jours, les fonds hérités dans le cadre de la liquidation et par cession légale (art. 37i de la loi sur les banques), à titre de remboursement de leurs contributions selon l'art. 5 de la présente convention.

Art. 7: Limite de prestation (art. 37h, let. b de la loi sur les banques)

Les paiements, effectués au titre de cette convention et non encore remboursés à l'Association de Garantie des Dépôts avec le produit de la liquidation, ne doivent à aucun moment et globalement dépasser un montant non rémunéré de 4 milliards de CHF. Les paiements restants vraisemblablement non couverts d'après le plan de collocation passé en force de chose jugée selon l'appréciation du liquidateur de la faillite sont considérés comme étant restitués.

Section deux: Aspects divers et dispositions transitoires

Art. 8: Autorisation conférée à la CFB de transmettre des données à l'Association de Garantie des Dépôts

1 Par la présente, les banques habilite la CFB et son mandataire respectivement le liquidateur de la faillite à mettre à disposition de l'Association de Garantie des Dépôts (cf. art. 55, al. 1 de l'Ordonnance sur les banques), pour autant que celle-ci en ait besoin pour satisfaire à ses obligations découlant de la présente convention, leurs données annoncées en vertu de l'art. 19, al. 2 de l'Ordonnance sur les banques.

2 S'agissant de ces données, l'Association susmentionnée est soumise au secret professionnel du banquier (art. 47 de la Loi sur les banques, art. 43 de la Loi sur les bourses).

Art. 9: Qualification juridique de la présente convention

La présente convention ne constitue pas un acte constitutif d'une société simple, telle que stipulée à l'art. 530 et ss CO. A ce titre, les banques ne sont pas tenues de verser à la garantie des dépôts des prestations dépassant les montants déterminés.

Art. 10: Tribunal arbitral

1 En cas de divergences découlant de ou en rapport avec la présente convention, y compris celles concernant son établissement en bonne et due forme, sa modification, sa résiliation, son interprétation ou son application, les signataires sont tenus d'éviter les procédures judiciaires et de rechercher un règlement à l'amiable.

2 Si, toutefois, une telle divergence ne permet pas de faire l'économie d'une procédure judiciaire, celle-ci doit être tranchée définitivement devant une juridiction arbitrale sise à Bâle. L'introduction d'une telle procédure n'induit aucun effet suspensif quant à l'obligation de contribution des banques, conformément à l'art. 5, al. 7 de la présente convention.

3 Les parties opposantes nomment chacune un arbitre, lesquels à leur tour désignent un surarbitre. Si la procédure implique plusieurs banques, l'arbitre fera l'objet d'une nomination par décision unanime de ces banques. Dans l'hypothèse où l'une des parties n'a pas désigné son arbitre dans les 30 jours suivant la réception de la notification de l'autre partie afférente à l'introduction de la procédure ou si les deux arbitres ne parviennent pas à s'accorder sur un surarbitre dans les 30 jours également, le Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville procédera

à sa nomination à la demande de l'une des parties. Dans la mesure où un arbitre est dans l'incapacité d'exercer pour quelque raison que ce soit, la partie qui l'a désigné devra nommer un remplaçant dans les 30 jours selon la même procédure; il en va de même pour le surarbitre.

4 Tout remplacement d'un arbitre ou du surarbitre n'invalide pas les actes de procédure impliquant son prédécesseur.

5 Sous réserve de dispositions impératives contraires du concordat relatives à la juridiction arbitrale et du code de procédure civile de Bâle-Ville, ces dispositions ne s'appliquent que si les parties renoncent ou ont renoncé à leur droit en la matière et que le tribunal arbitral n'arrête pas d'autres règles procédurales.

6 La juridiction arbitrale est assujettie au devoir de discrétion.

Art. 11: Entrée en vigueur

1 Sous réserve de validation par la CFB (art. 37h, al. 2 de la loi sur les banques), la présente convention entre en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

2 En attendant, la convention sur la protection des déposants en cas de liquidation forcée du 1^{er} juillet 1993 demeure applicable.

Bankenkonzurs und Einlagensicherung

Bericht der Eidg. Bankenkommision (EBK) zu ihrer Bankenkonzursverordnung vom 30. Juni 2005 (BKV) sowie zur Änderung der Bankenverordnung und der Börsenverordnung betreffend Umsetzung der Einlagensicherung

Januar 2006

Vorwort

Dieser Bericht basiert im Wesentlichen auf dem Bericht der von der EBK eingesetzten Arbeitsgruppe zur Bankenkonzursverordnung (BKV) sowie dem EBK-Bericht zur Änderung der Bankenverordnung im Zusammenhang mit der Einlagensicherung, die gemeinsam im April 2005 zusammen mit entsprechenden Verordnungsentwürfen publiziert wurden. Aufgrund des engen thematischen Zusammenhangs wurden die beiden Berichte vorliegend vereinigt.

Die interessierten Kreise konnten im Rahmen des Konsultationsverfahrens bis Ende Mai 2005 zu den Entwürfen und den beiden Berichten Stellung nehmen. Die Verordnungsentwürfe stiessen dabei auf breite Zustimmung. Die Verordnungstexte haben dementsprechend nur wenige Änderungen erfahren, die im vorliegenden Bericht allesamt berücksichtigt wurden.

Die Bankenkonzursverordnung ist per 1. August 2005 in Kraft getreten. Die Änderungen der Bankenverordnung und der Börsenverordnung im Zusammenhang mit der Umsetzung der Einlagensicherung wurden per 1. Januar 2006 in Kraft gesetzt.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	128
I. Bankenkursverordnung (BKV)	131
1. Allgemeines	131
a. Rechtliche Grundlage	131
b. Arbeitsgruppe	132
c. Konsultationsverfahren	133
d. Notwendigkeit einer Regulierung	135
e. Ziele der Regulierung	137
f. Eigenständige Regulierung	139
g. Konsequenzen für die überwachten Institute	140
h. Kernpunkte der Verordnung	141
2. Kommentierung der einzelnen Artikel	144
a. Allgemeine Bestimmungen	144
b. Verfahren	154
c. Konkursaktiven	158
d. Konkurspassiven	168
e. Verwertung	176
f. Verteilung und Abschluss	180
g. Schlussbestimmungen	188

II. Einlagensicherung	188
1. Allgemeines	188
a. Ausgangslage	188
b. Kernpunkte der neuen Regelung	189
c. Konsultationsverfahren	190
2. Kommentierung der einzelnen Artikel	190
a. Änderungen der Bankenverordnung	190
b. Änderungen der Börsenverordnung	198

Übersicht

Per 1. Juli 2004 sind die neuen Bestimmungen des Bankengesetzes zur Bankinsolvenz in Kraft getreten. Die EBK wurde dadurch allein zuständige Behörde für Anordnungen im Rahmen von Bankinsolvenzverfahren. Die Verordnung der Eidg. Bankenkommision zum Konkurs von Banken und Effekthändlern (Bankenkonkursverordnung, BKV) soll ein Konkursverfahren ermöglichen, das auf die Besonderheiten einer Liquidation von der EBK unterstellten Banken und Effekthändlern zugeschnitten ist.

Die Ziele der Verordnung sind die folgenden:

- Effizienz: Das Bankenkonkursverfahren wird effizienter, indem der Konkursliquidator über flexible und auf die Liquidation einer Bank oder eines Effekthändlers (nachfolgend: Institut) massgeschneiderte Handlungsmöglichkeiten verfügt.*
- Vereinfachung: Die im Rahmen eines Bankenkonkurses durchzuführende Liquidation wird vereinfacht, indem die einzelnen Verfahrensschritte übersichtlich geregelt werden und eine klare Abgrenzung zwischen den Aufgaben des Konkursliquidators sowie den Kompetenzen und Zuständigkeiten der EBK erfolgt.*
- Rechtssicherheit: Das Verfahren wird transparenter und für alle Beteiligten vorhersehbar. Dadurch können unter allen Beteiligten Missverständnisse und Auslegungskonflikte stark reduziert werden, wodurch die Rechtssicherheit allgemein gestärkt wird.*
- Differenzierung: Die Verordnung erlaubt ein flexibles Verfahren, zugeschnitten auf die Bedürfnisse des im Einzelfall zu liquidierenden Instituts.*

Die BKV beinhaltet insbesondere folgende Kernpunkte:

- *Die Gläubiger sind untereinander gleichgestellt. Dies unabhängig davon, ob sie ihr Domizil in der Schweiz oder im Ausland haben.*
- *Zur bestmöglichen Wahrung des Bankgeheimnisses ist die Akteneinsicht auf Personen beschränkt, die nachweisen können, dass sie durch den Bankenkurs unmittelbar in ihren Vermögensinteressen betroffen sind.*
- *Dem Konkursliquidator kommt bei der Art und Weise der Verwertung der Aktiven eine grosse Freiheit zu. Er hat hingegen keine Verfügungskompetenz im Sinne des VwVG. Im Streitfall obliegt es einzig der EBK, allenfalls eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.*
- *Die EBK kann vorsehen, dass neben den Gläubigern auch bestimmte Schuldner ihre gegenüber dem konkursiten Institut bestehenden Verpflichtungen dem Konkursliquidator nicht melden müssen, wenn diese aus den Büchern hervorgehen.*
- *Gewisse Forderungen und Ansprüche der Konkursmasse, auf deren Geltendmachung der Konkursliquidator verzichtet, können nicht nur nach Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung offeriert, sondern wahlweise durch den Konkursliquidator verwertet werden.*
- *Gestützt auf eine provisorische Verteilungsliste, die der Konkursliquidator der EBK zur Genehmigung vorzulegen hat, sind Abschlagszahlungen in jedem Verfahren möglich.*
- *Die Aktenaufbewahrung wie auch deren Vernichtung erfolgt, nachdem die gesetzliche Aufbewahrungsfrist abgelaufen ist, auf Anordnung der EBK.*

Die BKV hat für die Banken und Effekthändler keine organisatorischen Anpassungen oder Umstellungen zur Folge, da sich die neuen Bestimmungen einzig gegen konkursrechtlich zu liquidierende Institute richten. Demzufolge werden mit dem Inkrafttreten der Verordnung für die der EBK unterstellten Institute keine zusätzlichen Kosten anfallen.

Mit Inkrafttreten der neuen Bankinsolvenzbestimmungen per 1. Juli 2004 wurden zudem alle Banken und Effekthändler von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre privilegierten Einlagen im Rahmen der Selbstregulierung zu sichern.

Im Verlaufe der Ausarbeitung einer neuen Einlagensicherungsvereinbarung hat sich gezeigt, dass ein Teil der im Zusammenhang mit der Einlagensicherung sich stellenden Fragen nicht nur die Banken und Effekthändler selbst betrifft. Einzubeziehen sind insbesondere auch die von der EBK eingesetzten und unter ihrer Aufsicht stehenden Beauftragten sowie die privilegierten Gläubiger. Diese Schnittstellen lassen sich mittels Selbstregulierung allein nicht sinnvoll und auch nicht mit der notwendigen Verbindlichkeit für alle Beteiligten lösen, weshalb für gewisse Fragen eine Regelung auf Verordnungsstufe notwendig wurde. Als Aufgabe der Selbstregulierung verbleibt somit hauptsächlich, die fristgerechte Bereitstellung der notwendigen Mittel sicherzustellen.

I. Bankenkonzursverordnung (BKV)

1. Allgemeines

a. Rechtliche Grundlage

Die neuen Bestimmungen des BankG zur Bankinsolvenz sind am 1. Juli 2004 in Kraft getreten. Dadurch wurde das Zusammenspiel zwischen der Aufsicht, der Sanierung und der Liquidation von Banken und Effektenhändlern¹ optimiert. Die EBK wurde allein zuständige Behörde im Zusammenhang mit Bankinsolvenzverfahren. Dabei ist ein flexibles Sanierungsverfahren vorgesehen, wenn im Falle einer Insolvenzgefahr begründete Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung besteht. Kommt keine Sanierung zustande, eröffnet die EBK den Bankenkonzurs. Das Bankenkonzursverfahren untersteht eigenen Regeln, die ein einfaches und rasches Verfahren ermöglichen sollen.

Gemäss dem neuen Art. 34 Abs. 1 BankG hat die Anordnung des Bankenkonzurses durch die EBK die Wirkungen nach Art. 197–220 SchKG. Weiter sieht Art. 34 Abs. 2 BankG vor, dass auch für den Verfahrensablauf auf die Regeln der Art. 221–270 SchKG abgestellt werden soll, soweit das BankG selbst keine abweichende Regelung enthält. Somit gelten die Bestimmungen des SchKG durch Verweis nicht nur für die Konzurswirkungen, sondern auch für den Verfahrensablauf.

Die Regeln zum Verfahrensablauf, auf die Art. 34 Abs. 2 BankG verweist, sind jedoch nur bedingt für die Liquidation eines der EBK unterstellten Instituts geeignet. Auf der einen Seite wird mit den neuen Be-

¹ Die Insolvenzbestimmungen des BankG finden gestützt auf den Verweis in Art. 36a BEHG auch auf Effektenhändler Anwendung.

stimmungen des BankG zum Bankenkonzurs ein rascheres Liquidationsverfahren angestrebt, das zudem einen verstärkten Schutz der Einleger verfolgt. Auf der anderen Seite hat der Konkursliquidator in einem Bankenkonzursverfahren nicht die gleichen Kompetenzen wie eine Konkursverwaltung oder ein ausseramtlicher Konkursverwalter im Sinne des SchKG. Insbesondere kommt ihm keine Verfügungskompetenz zu. In Art. 34 Abs. 3 BankG wird die EBK daher ermächtigt, vom SchKG abweichende Anordnungen zu treffen. Diese können mittels Verfügungen im Einzelfall oder aber auch generell-abstrakt in Form einer Verordnung erfolgen.²

Anlässlich der Sitzung vom 30. Juni 2004 hat die EBK das Regulierungsprojekt EBK-Bankenkonzursverordnung beschlossen und eine Arbeitsgruppe mit der Ausarbeitung eines Entwurfs beauftragt. Dabei wurde unter Berücksichtigung des Gebots einer übersichtlichen und anwenderfreundlichen Regelung eine in sich geschlossene Regelung des Bankenkonzursverfahrens bevorzugt.

b. Arbeitsgruppe

Die Arbeitsgruppe hat sich zwischen August 2004 und Februar 2005 zu fünf Sitzungen getroffen. Ihr gehörten folgende Personen an:

- Dominik Gasser, wissenschaftlicher Adjunkt, Bundesamt für Justiz;
- Dr. Renate Schwob, Mitglied der Geschäftsleitung, Schweizerische Bankiervereinigung;

² BBl 2002 8092

- Dr. Alexander Vollmar, Partner, Ernst & Young;
- Prof. Dr. Fridolin Walther, Advokaturbüro Gubler Walther Leuch;
- Dr. Urs Zulauf (Vorsitz), Vizedirektor, Eidg. Bankenkommission;
- Daniel Roth, Leiter Bankinsolvenz & Unterstellungsfragen, Eidg. Bankenkommission;
- Serge Husmann, Mitarbeiter Rechtsdienst, Eidg. Bankenkommission.

c. Konsultationsverfahren

Im April 2005 veröffentlichte die EBK den Bericht der Arbeitsgruppe und lud im Rahmen des Konsultationsverfahrens alle interessierten Kreise ein, zum Entwurf Stellung zu nehmen. Der Entwurf der Arbeitsgruppe stiess dabei wie der Entwurf zur Änderung der Bankenverordnung im Zusammenhang mit der Einlagensicherung auf breite Zustimmung. Bemerkungen und Änderungsvorschläge erfolgten lediglich zu einzelnen Bestimmungen. Gestützt darauf hat der Entwurf neben einzelnen Präzisierungen insbesondere folgende Anpassungen erfahren:

- Die Umschreibung der privilegierten Einlagen wurde ergänzt und präzisiert. Einlagen bilden ausdrücklich auch Kassenobligationen, die auf den Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind. Dabei erfolgt in der BKV lediglich eine Präzisierung der bereits gestützt auf Art. 37b BankG privilegierten Einlagen. Die Einführung weiterer privilegierter Forderungen wurde hingegen abgelehnt. Soweit weitergehende Privilegien sachlich gerechtfertigt wären, bedürften diese einer zusätzlichen gesetzlichen Grundlage.

- Die öffentliche Bekanntmachung von Mitteilungen wurde sprachlich dahingehend präzisiert, dass – wie bereits im Bericht der Arbeitsgruppe umschrieben – nicht der Inhalt der Mitteilung publiziert wird, sondern lediglich der Hinweis, dass eine solche Mitteilung erfolgt ist. Dadurch haben Gläubiger, die keine Mitteilung erhalten haben, die Möglichkeit, die Mitteilung beim Konkursliquidator anzufordern und ihre Rechte geltend zu machen.
- Bei der Regelung des Akteneinsichtsrechts wurde ausdrücklich ergänzt, dass das Berufsgeheimnis nach Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG bestmöglich zu wahren ist. Eine weitergehende Einschränkung wurde hingegen abgelehnt. Die Gläubiger und andere Beteiligte könnten ohne das auf ihre unmittelbaren Interessen beschränkte Akteneinsichtsrecht die ihnen zustehenden Rechte nicht oder nicht im notwendigen Umfang wahrnehmen.
- Soweit in einem Konkursverfahren auf Anordnung der EBK ein Gläubigerausschuss gebildet werden soll, wurde dem Träger der Einlagensicherung ein Anspruch darauf eingeräumt, mit einer Person im Gläubigerausschuss Einsitz nehmen zu können. Voraussetzung hierzu ist jedoch, dass der Träger der Einlagensicherung in wesentlichem Umfang privilegierte Einlagen ausbezahlt hat.
- Eine Änderung erfuhr zudem die Rangfolge der Massaverbindlichkeiten in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Konkursverfahren nach SchKG.

Die aktuelle Fassung der BKV wurde am 30. Juni 2005 von der EBK beschlossen und von dieser per 1. August 2005 in Kraft gesetzt.

d. Notwendigkeit einer Regulierung

Die neuen Bestimmungen des BankG zum Bankenkonkurs sind auf die Besonderheiten des Finanzmarktes zugeschnitten. Im Gesetz werden jedoch lediglich die Grundprinzipien geregelt. Für die einzelnen Bestimmungen insbesondere des Bankenkonkursverfahrens erfolgt hingegen ein genereller Verweis auf die Regelung des SchKG (Art. 34 Abs. 2 BankG). Dieser Verweis vermag den besonderen Anforderungen an die Konkursliquidation eines Bankinstituts nicht zu genügen. Der Bankenkonkurs weicht stark von einem Konkursverfahren nach SchKG ab. Die besonderen Bedürfnissen, die sich aus einer der EBK unterstellungspflichtigen Tätigkeit ergeben, machen eine eigenständige Regelung des Bankenkonkursverfahrens notwendig. Besonderheiten und Abweichungen zum Konkursverfahren nach SchKG bestehen dabei insbesondere in folgenden Bereichen:

- Das Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG (Bankgeheimnis) ist auch im Liquidationsverfahren weitmöglichst zu wahren. Die Akteneinsicht muss deshalb auf Gläubiger und andere durch den Bankenkonkurs in ihren Vermögensinteressen unmittelbar betroffene Personen beschränkt werden. Zudem darf die Akteneinsicht nur in jenem Umfange erfolgen, als dies zur Geltendmachung ihrer Rechte notwendig ist.³
- Das Konkursverfahren nach BankG bezweckt eine rasche Verfahrensabwicklung. Insbesondere wird eine rasche Auszahlung der den Einlegern zustehenden Anteile (Dividende) ermöglicht. Als Folge der

³ So können beispielsweise die Gläubiger auch den Kollokationsplan nur insoweit einsehen, als dies zur Wahrung ihrer Gläubigerrechte notwendig ist (Art. 36 Abs. 2 BankG). Sodann wird auch die Verteilungsliste am Schluss des Verfahrens nicht aufgelegt (Art. 37e Abs. 1 BankG).

möglichst effizienten Abwicklung bestehen seitens der Gläubiger nur eingeschränkte Interventionsmöglichkeiten. Diesen steht neben der Möglichkeit, die Kollokation ihrer eigenen Forderung oder jene anderer Gläubiger anzufechten, nur ein Anspruch auf Anfechtung von Verwertungshandlungen zu.⁴

- An einem Bankenkonzurs ist regelmässig eine grosse Anzahl Gläubiger beteiligt, von denen ein Grossteil im Ausland domiziliert ist. Dies führt zu zusätzlichen Schwierigkeiten insbesondere im Rahmen der Kommunikation und bei der Zustellung von Verfügungen.
- Im Gegensatz zu einer Konkursverwaltung oder einem ausseramtlichen Konkursverwalter im Sinne des SchKG ist der Konkursliquidator keine Behörde. Seine Handlungen und Entscheide sind daher keine Verfügungen im Sinne des VwVG.
- Die EBK ist einerseits Konkursrichterin, andererseits aber auch Aufsichtsbehörde über die eingesetzten Konkursliquidatoren. Sie wurde mit Inkrafttreten der neuen Bankinsolvenzbestimmungen anstelle der kantonalen Konkursrichter für die Konkursöffnung zuständig. Zudem überwacht sie den korrekten Ablauf des Konkursverfahrens, indem sie die im Verlaufe des Verfahrens notwendigen Verfügungen und Anordnungen bis hin zu dessen Schliessung und der anschliessenden Aktenaufbewahrung zu treffen hat.
- Eine Gläubigerversammlung findet nur statt, wenn dies der Konkursliquidator als sinnvoll erachtet. Ist dies der Fall, hat die EBK auf

⁴ Art. 24 Abs. 2 BankG

seinen Antrag hin die Aufgaben und Kompetenzen der Gläubigerversammlung festzulegen. Das Gleiche gilt für den Gläubigerausschuss.

- Die aus den Büchern der Bank ersichtlichen Forderungen gelten als angemeldet.⁵ Die grosse Mehrheit sämtlicher Gläubiger ist somit davon befreit, ihre Forderungen anzumelden und nachzuweisen. Dadurch werden auch jene Gläubiger erfasst, die noch keine Kenntnis vom Konkursverfahren erhalten haben. Dies wird hauptsächlich bei im Ausland domizilierten Gläubigern der Fall sein.
- Sämtliche Einlagen, die nicht auf den Inhaber lauten, sind bis zu einer Höhe von CHF 30 000.– je Gläubiger nach Art. 219 Abs. 4 SchKG in der zweiten Klasse privilegiert.⁶ Dieses Privileg wird, soweit Gläubiger bei schweizerischen Geschäftsstellen betroffen sind, zusätzlich durch die für alle Banken und Effektenhändler vorgeschriebene Einlagensicherung abgesichert.⁷
- Zudem werden Einlagen bis maximal CHF 5000.– ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung raschmöglichst ausbezahlt. Nach erfolgter Auszahlung sind diese Gläubiger am weiteren Verfahren nicht mehr beteiligt.

e. Ziele der Regulierung

Mit der Bankenkonkursverordnung werden folgende Zielsetzungen verfolgt:

⁵ Art. 36 Abs. 1 BankG.

⁶ Art. 37b BankG.

⁷ Art. 37h BankG, vgl. Ziff. II.

- **Effizienz:** Damit der Konkursliquidator das Liquidationsverfahren rasch durchführen kann, muss ihm der notwendige Handlungsspielraum gegeben werden. Bisher musste sich der Konkursliquidator innerhalb des relativ starren Rahmens des SchKG bewegen, dessen Bestimmungen jedoch nicht auf die besonderen Aktivitäten einer Bank oder eines Effektenhändlers zugeschnitten sind. Ziel der Verordnung ist es daher, das Bankenkonkursverfahren effizienter zu gestalten, indem dem Konkursliquidator flexible und auf die Liquidation eines Instituts massgeschneiderte Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.
- **Vereinfachung:** Eine eigenständige Regulierung ermöglicht eine Vereinfachung des Verfahrens, indem auf der einen Seite nur die spezifisch für das Bankenkonkursverfahren zugeschnittenen Verfahrensschritte geregelt werden. Auf der anderen Seite kann für die einzelnen Etappen des Verfahrens eine klare Abgrenzung zwischen den Aufgaben des Konkursliquidators sowie den Kompetenzen und Zuständigkeiten der EBK erfolgen. Dadurch lassen sich auch allfällige Haftungsrisiken – sei es aus Verantwortlichkeit des Konkursliquidators oder aus Staatshaftung – reduzieren.
- **Rechtssicherheit:** Das BankG definiert die Gläubigerrechte lediglich in ihren Grundsätzen. Einer Präzisierung bedarf aber insbesondere deren Geltendmachung. Gleiches gilt bezüglich der Anfechtung von Handlungen und Entscheiden des Konkursliquidators. Durch eine eigenständige Regelung wird das Bankenkonkursverfahren transparenter und für alle Beteiligten vorhersehbar. Zudem können unter allen Beteiligten Missverständnisse und Auslegungskonflikte stark reduziert werden, wodurch die Rechtssicherheit generell gestärkt wird.

- **Differenzierung:** Die Verordnung erlaubt ein flexibles Verfahren, zugeschnitten auf die Bedürfnisse des im Einzelfall zu liquidierenden Instituts. So wird eine Gläubigerversammlung nur einberufen und ein Gläubigerausschuss nur bestellt, wenn dies aufgrund der Anzahl der Gläubiger, der Grösse des zu liquidierenden Instituts und anderer Umstände als angezeigt erscheint. Dabei sind auch deren Aufgaben und Kompetenzen nach den individuellen Anforderungen im Einzelfall von der EBK festzusetzen.

Die unterschiedlichen Zielsetzungen hätten durch andere Massnahmen als durch eine eigenständige Regulierung nicht mit der gleichen Wirkung erreicht werden können. Das Abstellen auf die sich mit der Zeit entwickelnde Praxis der EBK zum Bankenkursverfahren hätte weder dem Erfordernis nach einem einfachen und effizienten Vorgehen des Konkursliquidators noch dem Bedürfnis der Gläubiger nach Transparenz hinreichend Rechnung tragen können. Ein Abstellen auf die Praxis hätte zudem den Nachteil, dass erst nach mehreren Jahren ein mehr oder weniger vollständiges Gesamtbild über die sich stellenden Fragen entsteht, wobei keine Garantie besteht, dass ein in einem konkreten Einzelfall erfolgter Entscheid auch unverändert auf einen anderen Fall angewendet werden kann.

f. Eigenständige Regulierung

Die BKV regelt in Ergänzung zu den Art. 33–37g BankG den Ablauf der Liquidation eines der Aufsicht der EBK unterstellten Instituts in umfassender und von den Regeln des SchKG unabhängiger Weise – also von der Eröffnung des Bankenkurses bis zur Schliessung des Verfahrens und sogar die darüber hinaus notwendigen Anordnungen wie beispielsweise die Aufbewahrung der Akten. Eine umfassende und ei-

gegenständliche Regelung schliesst jedoch einen Verweis auf andere Gesetzesbestimmungen nicht aus. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, wird in der BKV deshalb vereinzelt auf Einzelbestimmungen des SchKG verwiesen, die auch im Bankenkursverfahren unverändert Anwendung finden.

Es wäre auch denkbar gewesen, eine minimale Regulierung lediglich als Ergänzung zu den Bestimmungen des SchKG zu erlassen. Dadurch könnte eine Wiederholung jener Bestimmungen des SchKG vermieden werden, die ohne substantielle Anpassungen auch auf das Verfahren des Bankenkurses Anwendung finden. Hingegen würde dies zu gravierenden Nachteilen in der Praxis führen, indem konstant mit verschiedenen Gesetzestexten gearbeitet werden müsste. Bei jeder einzelnen Bestimmung des SchKG wäre sodann deren Anwendbarkeit auf das Bankenkursverfahren wie auch das Zusammenspiel verschiedener Bestimmungen im konkreten Einzelfall zu prüfen. Eine solche Lösung hätte dem Erfordernis nach Transparenz und Vereinfachung des Verfahrens nicht Rechnung tragen können. Es war daher angezeigt, das Bankenkursverfahren eigenständig und umfassend zu regeln, auch wenn vereinzelt eine analoge Regelung wie im SchKG erfolgt.

g. Konsequenzen für die überwachten Institute

Die neue Regulierung hat für die Banken und Effektenhändler keine Anpassungen zur Folge. Mit Ausnahme des Einlagensicherungssystems, das jedoch nicht Inhalt der BKV ist, sind im Zusammenhang mit dem Bankenkursverfahren seitens der von der EBK überwachten Institute keine Umsetzungsarbeiten oder anderweitigen Umstellungen notwendig. Die Bestimmungen des Bankenkurses finden auf die einzelnen Institute erst bei Vorliegen ihrer eigenen Insolvenz unmittel-

bar Anwendung. Demgegenüber dient ein effizientes Verfahren, das die rasche Liquidation insolventer Akteure fördert, dem Finanzplatz allgemein und begünstigt zudem die rasche Rückzahlung von offenen Forderungen anderer Institute.

h. Kernpunkte der Verordnung

Die Regelung der BKV umfasst insbesondere folgende Kernpunkte:

- **Die Gläubiger sind untereinander gleichgestellt.** Dies unabhängig davon, ob sie ihr Domizil in der Schweiz oder im Ausland haben. Ein Zustelldomizil in der Schweiz ist nicht notwendig. Fehlt ein solches, erfolgen Mitteilungen des Konkursliquidators an die jeweils bekannte Adresse im Ausland. Da dadurch bei Mitteilungen, an welche Rechtsfolgen geknüpft werden, Unsicherheiten bezüglich Kenntnisnahme und allfälligem Fristenlauf entstehen können, wird hierfür nicht auf die Zustellung, sondern auf die zu erfolgende Publikation im SHAB abgestellt, mit welcher die Gläubiger auf die erfolgte Mitteilung aufmerksam gemacht werden (Art. 4 Abs. 2 und 3 BKV).
- **Die Akteneinsicht in die Verfahrensakten ist beschränkt** auf Personen, die nachweisen können, dass sie unmittelbar in ihren Vermögensinteressen betroffen sind. Die Akteneinsicht kann durch den Konkursliquidator zudem je nach Interessenlage auf gewisse Verfahrensstadien beschränkt werden. Zudem kann die Akteneinsicht – unter Androhung der Straffolgen nach Art. 50 BankG und Art. 292 StGB – von einer Erklärung über die eingeschränkte Verwendung der erhaltenen Informationen (Spezialitätenprinzip) abhängig gemacht werden (Art. 5 BKV).

- Der Konkursliquidator hat **keine Kompetenz, Verfügungen im Sinne des VwVG** zu erlassen. Die Gläubiger und andere Beteiligte, die in ihren Interessen verletzt sind, haben jedoch die Möglichkeit, den Sachverhalt der EBK anzuzeigen. Die Anzeigenden erhalten jedoch keine Parteistellung im Sinne des VwVG (Art. 6 BKV).
- Dem Konkursliquidator kommt bei der **Art und Weise der Verwertung der Aktiven eine grosse Freiheit** zu (Art. 29 BKV). Indessen hat er periodisch einen Verwertungsplan zu erstellen, mit dem die Gläubiger über die anstehenden Verwertungen und die jeweilige Verwertungsart orientiert werden. Die Gläubiger haben sodann die Möglichkeit, gegen die einzelnen im Verwertungsplan aufgeführten Verwertungen zu opponieren und von der EBK hierzu eine anfechtbare Verfügung zu verlangen (Art. 7 BKV). Ausserhalb des Verwertungsplans kann der Konkursliquidator nur Aktiven, die einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, unverhältnismässig hohe Verwaltungskosten verursachen, an einem repräsentativen Markt gehandelt werden oder nicht von bedeutendem Wert sind, ohne Verzug verwerten (Art. 29 Abs. 3 BKV).
- Die EBK kann festlegen, dass neben den Gläubigern auch bestimmte **Schuldner** oder Schuldnergruppen ihre gegenüber dem konkursiten Institut bestehenden Verpflichtungen dem Konkursliquidator nicht melden müssen, wenn diese aus den Büchern hervorgehen (Art. 17 BKV).
- Gewisse **Forderungen und Ansprüche der Konkursmasse**, auf deren Geltendmachung der Konkursliquidator verzichtet, können nicht nur nach Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung offeriert, sondern wahlweise durch den Konkursliquidator verwertet

werden (Art. 19 BKV). Als Beispiel ist hier der Verkauf von Forderungen aus Aktivgeschäften wie dem Hypothekargeschäft zu nennen.

- Steht **mehreren Gläubigern eine Forderung solidarisch** zu, wird ihnen diese zu gleichen Teilen angerechnet, soweit dieser Forderung kein Verrechnungsrecht gegenübersteht (Art. 22 Abs. 2 BKV).
- Gestützt auf eine **provisorische Verteilungsliste**, die der Konkursliquidator der EBK zur Genehmigung vorzulegen hat, sind **Ab-schlagszahlungen** in jedem Verfahren möglich (Art. 33 Abs. 1 BKV).
- Am Schluss des Verfahrens wird den einzelnen Gläubigern **lediglich auf deren Verlangen** für den ungedeckt gebliebenen Teil ihrer Forderung ein **Verlustschein** ausgestellt. Die Ausstellung erfolgt gegen Bezahlung einer Kostenpauschale (Art. 35 BKV).
- Für die **Aktenaufbewahrung** nach Abschluss des Bankenkonnkursverfahrens wie auch im Falle der Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven ist die EBK zuständig. Sie ist ebenfalls für deren Vernichtung verantwortlich, die nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist zu erfolgen hat (Art. 36 BKV).
- Wenn innerhalb von 10 Jahren nach Abschluss des Bankenkonnkursverfahrens **neue Aktiven** entdeckt werden, kann die EBK erneut einen Konkursliquidator mit der Verwertung und Verteilung beauftragen. Unter Vorbehalt einer abweichenden spezialgesetzlichen Regelung, wie sie beispielsweise im geplanten Bundesgesetz über nachrichtenlose Vermögen vorgesehen ist, findet das gleiche Verfahren auch Anwendung auf hinterlegte Vermögenswerte, die frei werden oder innert Frist nicht bezogen wurden (Art. 37 BKV).

Daneben wurden ganz allgemein sämtliche Verfahrensschritte auf die Besonderheiten eines Bankenkursverfahrens abgestimmt.

2. Kommentierung der einzelnen Artikel

a. Allgemeine Bestimmungen

Art. 1 Gegenstand

Die Grundsätze des Bankenkursverfahrens werden in den Art. 33–37g BankG geregelt. Dabei wird in Art. 34 BankG – unter Vorbehalt einer abweichenden Regelung der EBK – auf die Wirkungen und den Verfahrensablauf nach Art. 197–270 SchKG verwiesen. Aufgrund der speziellen fachlichen Fragestellungen, der regelmässig grossen Anzahl von Gläubigern sowie der vom Konkursverfahren abweichenden Regelung der Verfügungskompetenz⁸ führt eine analoge Anwendung der Verfahrensbestimmungen nach SchKG einerseits zu Abgrenzungs- und Zuständigkeitsfragen und ist andererseits nicht auf die speziellen Anforderungen an einen Bankenkurs zugeschnitten.

Art. 2 Geltungsbereich

Das Bankenkursverfahren findet Anwendung einerseits auf Bankinstitute und andererseits kraft Verweis in Art. 36a BEHG auch auf Effektenhändler, in beiden Fällen also auf der EBK unterstellte Institute. Die EBK kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁹ ihre gesetz-

⁸ AS 2002 8090

⁹ BGE 121 II 148 E. 3a; BGE vom 17.06.1999 in EBK-Bulletin 38, S. 25 ff.

lichen Aufsichtsinstrumente aber auch gegenüber Unternehmen oder Personen einsetzen, deren Unterstellungspflicht umstritten ist. Wird daher ohne die notwendige Bewilligung eine nach BankG oder BEHG bewilligungspflichtige Tätigkeit einer Bank oder eines Effekthändlers ausgeübt, hat die EBK ebenfalls die notwendigen Anordnungen zu treffen, was im Falle einer Insolvenzgefahr zur Konkurseröffnung führen kann.¹⁰

Art. 3 Universalität

Die Konkursmasse des in der Schweiz eröffneten Bankenkurses umfasst sämtliche Vermögenswerte im In- und Ausland. Dies wird insbesondere auch mit Blick auf die Beziehung zu ausländischen Behörden und die Anerkennung der Konkurseröffnung durch ausländische Gerichte explizit festgehalten.

Im Gegenzug wird darauf hingewiesen, dass sich unabhängig ihrer Nationalität und ihres Wohnsitzes sämtliche Gläubiger gleichberechtigt am in der Schweiz eröffneten Konkursverfahren beteiligen können. Dies gilt nicht nur für Gläubiger des in der Schweiz liegenden Hauptsitzes, sondern auch für Gläubiger einer in- oder ausländischen Zweigniederlassung.

Wird über eine in der Schweiz tätige Zweigniederlassung eines ausländischen Instituts der Konkurs eröffnet, sind sämtliche in- und ausländischen Gläubiger dieser Zweigniederlassung berechtigt, ihre Forderungen geltend zu machen und ihre Gläubigerrechte wahrzunehmen.

¹⁰ BGE 131 II 306 E. 4.1.

Das Gleiche gilt für faktische Zweigniederlassungen von ohne die notwendige Bewilligung tätigen natürlichen und juristischen Personen, die erst auf Anordnung der EBK im Handelsregister eingetragen wurden.

Auf der Aktivseite sind einer solchen Zweigniederlassung sämtliche Vermögenswerte im In- und Ausland zuzurechnen, die aus einem Handeln für diese Zweigniederlassung herrühren. Es ist dabei auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Besteht beispielsweise zugunsten einer erst mit ihrer Konkursöffnung zwangsweise eingetragenen Zweigniederlassung ein Konto auf den Namen des ausländischen Hauptsitzes, so gelten diese Vermögenswerte trotzdem als Konkursaktiven der Zweigniederlassung.

Art. 4 Öffentliche Bekanntmachungen

Die Publikationsbestimmung von Art. 35 SchKG findet im Bankenkurs mangels Verweis nicht Anwendung. Die Publikationsbestimmungen des VwVG wiederum sind für die öffentlichen Bekanntmachungen im Zusammenhang mit Bankenkursverfahren ungeeignet. In Anlehnung an Art. 35 SchKG sollen Publikationen im SHAB erfolgen und der dortigen Publikation Fristen und Rechtsfolgen auslösende Wirkung zukommen. Zudem erfolgt eine ergänzende Publikation auf der Internetseite der EBK.¹¹

Im Gegensatz zum Konkursverfahren nach SchKG sollen möglichst viele Gläubiger und nicht nur jene mit Wohnsitz oder Zustelldomizil in der Schweiz¹² von im Laufe des Verfahrens erfolgenden Mitteilungen

¹¹ <http://www.ebk.admin.ch/d/publik/insolvenz/>

¹² Vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 6 SchKG

(wie insbesondere Zirkularen) Kenntnis erhalten. Zur Wahrung der Gleichbehandlung in- und ausländischer Gläubiger werden Mitteilungen allen Gläubigern zugestellt, deren aktuell gültige Anschrift bekannt ist. Soweit die Gläubiger dem Konkursliquidator im Hinblick auf solche Mitteilungen ihre E-Mail-Adresse bekannt gegeben haben, kann die Zustellung auch via E-Mail erfolgen.

Die Zustellung dieser Mitteilungen hat rein informativen Charakter. Auf den Nachweis der tatsächlichen Zustellung kann deshalb verzichtet werden. Dies könnte denn auch im internationalen Verhältnis je nach Land mit Schwierigkeiten oder zumindest Verzögerungen verbunden sein. Indessen sind die Gläubiger auf jene Mitteilungen zusätzlich mittels Publikation hinzuweisen, an deren Kenntnis Rechtsfolgen geknüpft werden. Hat ein Gläubiger keine Mitteilung erhalten, hat er so die Möglichkeit, diese noch anzufordern und seine Rechte geltend zu machen. Insbesondere ist aber auch hier für die mit der Mitteilung verbundenen Fristen und Rechtsfolgen nicht deren persönliche Zustellung, sondern die Publikation im SHAB massgebend. Dadurch ist auch im Sinne der Rechtssicherheit gewährleistet, dass die an die Kenntnisnahme geknüpften Rechtsfolgen gegenüber allen Gläubigern gleichzeitig Wirkung entfalten.

Art. 5 Akteneinsicht

Auch im Bankenkonzurs ist das Berufsgeheimnis¹³ («Bankkundengeheimnis») bestmöglich zu wahren. Die Einsicht in die Konkursakten soll daher nur so weit möglich sein, als eine Person glaubhaft machen kann, dass durch den Bankenkonzurs ihre eigenen Vermögensinteres-

¹³ Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG

sen unmittelbar betroffen sind. Anderweitige Interessen vermögen keine Akteneinsicht zu begründen. Über die Akteneinsicht entscheidet der Konkursliquidator. Nach Abschluss des Bankenkonzursverfahrens obliegt der Entscheid über die Akteneinsicht direkt der EBK, an die ab diesem Zeitpunkt denn auch entsprechende Gesuche zu richten sind.

Gerade zu Beginn eines Konkursverfahrens kann es notwendig sein, zunächst nicht allen Personen Einblick in die Konkurs- und insbesondere die zu den Konkursakten gezogenen Geschäftsakten zu gewähren. Solche Einschränkungen können für bestimmte Verfahrensstadien oder auch für einzelne Personen oder Personengruppen erfolgen. An das einer Akteneinsicht entgegenstehende überwiegende Interesse kann insbesondere dann keine hohe Anforderung gestellt werden, wenn die Gläubiger und andere Berechtigte ihre Rechte auch zu einem späteren Zeitpunkt noch wahrnehmen können.

Zudem dürfen die durch die Akteneinsicht erhaltenen Kenntnisse nur zur Wahrung der eigenen Vermögensinteressen verwendet werden (Spezialitätsprinzip). Der Konkursliquidator kann vor der Einsichtnahme eine entsprechende Erklärung unterzeichnen lassen und vorgängig auf die Strafdrohung im Widerhandlungsfalle hinweisen.

Art. 6 Anzeige an Bankenkommision

Im Bankenkonzursverfahren liegt die Verfügungsbefugnis allein bei der EBK. Handlungen und Entscheide des Konkursliquidators, des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung oder einer durch diese beauftragten Person sind keine Verfügungen im Sinne des VwVG und demzufolge nicht mit Beschwerde anfechtbar. Dadurch wird deren Handlungspielraum jedoch grundsätzlich nicht beschränkt.

Ein Beschwerderecht steht im Bankenkursverfahren gestützt auf Art. 24 Abs. 2 BankG nur den Gläubigern und diesen zudem lediglich bezüglich Verwertungshandlungen zu. Soweit keine Beschwerdelegitimation besteht, kann jedoch die in ihren Interessen verletzte Person bei der EBK Anzeige erstatten. Erachtet die EBK ein Einschreiten als angezeigt, wird sie hierauf die notwendigen Massnahmen in die Wege leiten. Der Anzeigende hat jedoch keine Parteistellung. Er hat daher auch keinen Rechtsanspruch, von der EBK über die ergriffenen Massnahmen orientiert zu werden. In der Regel wird die EBK jedoch zumindest den Anzeiger informieren.

Art. 7 Anfechtung von Verwertungshandlungen

Die Gläubiger haben gestützt auf Art. 24 Abs. 2 BankG die Möglichkeit, Verwertungshandlungen mit Beschwerde anzufechten. Damit sie ihre Rechte wahrnehmen können, müssen sie von diesen Verwertungshandlungen Kenntnis erhalten. Bei der Vielzahl von Gläubigern ist dabei aber auch dem Ziel eines raschen und einfachen Verfahrens Rechnung zu tragen. Der Konkursliquidator soll daher die Gläubiger periodisch über die bevorstehenden Verwertungshandlungen mittels Verwertungsplan orientieren. Die Periodizität bestimmt der Konkursliquidator. In der Regel wird er mindestens einmal jährlich einen Verwertungsplan erstellen.

Sind die Gläubiger mit einer im Verwertungsplan aufgeführten Verwertungshandlung nicht einverstanden, haben sie die Möglichkeit, innert einer vom Konkursliquidator anzusetzenden Frist von der EBK eine anfechtbare Verfügung zu verlangen. Soweit eine Verwertungshandlung und deren Modalitäten durch den Verwertungsplan genehmigt wurden, können diese später nicht mehr angefochten werden. Dadurch

soll vermieden werden, dass einzelne Verwertungshandlungen durch eine Anfechtung erst im Zeitpunkt der konkreten Abwicklung verzögert werden. Zudem wäre es aufgrund der grossen Anzahl Gläubiger sehr aufwändig, die Gläubiger laufend über einzelne konkret anstehende Verwertungshandlungen zu informieren.

Auf eine vorgängige Genehmigung der Verwertungshandlung durch Genehmigung des Verwertungsplans kann verzichtet werden, wenn Vermögenswerte ohne Aufschub verwertet werden können.¹⁴ In der Regel wird der Konkursliquidator im Rahmen einer späteren Mitteilung die Gläubiger auch über ohne Aufschub erfolgte Verwertungen orientieren.

Art. 8 Konkursort

Die EBK ist im Gegensatz zu den nach SchKG zuständigen Konkursrichtern unabhängig des Konkursortes in der Schweiz für sämtliche Bankenkongresse zuständig. Für konkursrechtliche Klagen und ordentliche Prozesse wie beispielsweise für Klagen betreffend Aussonderung und paulianische Anfechtung sowie für Kollokationsklagen sind jedoch auch im Bankenkongressverfahren die kantonalen Gerichte am «Konkursort» zuständig. Es ist für diese Verfahren somit ein einheitlicher Konkursort zu bestimmen.

Der Konkursort befindet sich analog Art. 46 SchKG am Sitz der Gesellschaft und für Zweigniederlassungen einer ausländischen Bank analog Art. 50 SchKG an deren Sitz. Wurde über eine ausländische Bank der Konkurs bereits eröffnet und ist in der Schweiz bereits ein Gesuch auf

¹⁴ Vgl. Art. 29 Abs. 3 BKV

Anerkennung hängig oder die Anerkennung schon früher erfolgt, so schliesst die Durchführung eines sog. Hilfskonkurses¹⁵ ein Konkursverfahren über die Zweigniederlassung aus.

Sind mehrere Konkursorte möglich, kann wegen der alleinigen Zuständigkeit der EBK für die einheitliche örtliche Zuständigkeit der kantonalen Gerichte nicht auf den «Konkursort» als den Ort der Konkursöffnung abgestellt werden. Die EBK bestimmt diesfalls einen einheitlichen Konkursort. Der Konkursort wird jeweils in der Konkurspublikation bekannt gegeben.¹⁶

Bei natürlichen Personen ist betreffend Konkursort nicht auf ihren Wohnsitz, sondern auf ihr Geschäftsdomizil, an dem die bewilligungspflichtige Tätigkeit ausgeübt wird, abzustellen. Die Mehrheit der Gläubiger wird gegenüber einer solchen Person Forderungen aus der Geschäftstätigkeit geltend machen, für die kein Bezug zum Wohnsitz besteht, weshalb sich eine Abweichung von Art. 46 SchKG aufdrängt.

Art. 9 Aufgaben des Konkursliquidators

Die Verwaltung der Konkursmasse und die damit zusammenhängende Geschäftsführungstätigkeit obliegt allein dem Konkursliquidator. Er hat die Konkursaktiven zu sichern und für eine bestmögliche Verwertung besorgt zu sein. Er prüft dabei Ansprüche gegenüber Dritten, die er – mit Zustimmung der EBK allenfalls auch gerichtlich – namens der Konkursmasse geltend macht. Schliesslich beurteilt er auch die Konkurspassiven und entscheidet über deren Zulassung. Der Konkursliquidator vertritt die Konkursmasse vor Behörden und Gerichten.

¹⁵ Hilfskonkurs nach Art. 166 ff. IPRG, vgl. Ausführungen zu Art. 10 BKV

¹⁶ Art. 11 Abs. 2 BKV

Der Konkursliquidator hat auch ohne ausdrückliche Erwähnung die Möglichkeit, Unterbeauftragte beizuziehen. Dies ergibt sich bereits aus dem entsprechenden Hinweis in Art. 6 BKV. Die Verantwortung für sämtliche Handlungen bleibt hingegen in jedem Fall beim eingesetzten Konkursliquidator.

Der Konkursliquidator hat das Verfahren rasch voranzutreiben und sein Handeln danach auszurichten. Zu vermeiden sind insbesondere Handlungen, die ohne wesentlichen Nutzen für die Konkursmasse das Verfahren unnötig in die Länge ziehen.

Zu den ersten Handlungen des Konkursliquidators im Bankenkongressverfahren eines bewilligten Instituts gehören neben der Sicherung der Aktiven die Arbeiten im Zusammenhang mit der Auszahlung der nach Art. 37h BankG gesicherten Einlagen. Hier hat der Konkursliquidator mit dem Träger der Einlagensicherung zusammenzuarbeiten, wobei es vorab Aufgabe des Konkursliquidators sein wird, raschmöglichst die aus den Büchern ersichtlichen sowie nach Art. 37b BankG und Art. 23 BKV privilegierten Einlagen zusammenzustellen. Dabei kann es in diesem Verfahrensstadium noch nicht Aufgabe des Konkursliquidators sein, die einzelnen aus den Büchern ersichtlichen privilegierten Forderungen auf Bestand und Höhe zu prüfen. Er wird jedoch offensichtlich nicht bestehende Forderungen nicht in den Auszahlungsplan aufnehmen und bei offenkundig zweifelhaften Forderungen wie namentlich im Falle offensichtlicher Gläubigerbegünstigungen den Träger der Einlagensicherung zumindest darauf hinweisen. Der zivilrechtliche Anspruch der Einleger auf Auszahlung der nach Art. 37h BankG gesicherten Einlagen besteht jedoch einzig gegenüber dem Träger der Einlagensicherung.¹⁷

¹⁷ Vgl. Art. 59 BankV

Art. 10 Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen

Betreffend Anerkennung von Konkursdekreten sowie Liquidations- und anderer Sanierungsmassnahmen, die im Ausland gegenüber Banken und ihnen gleichgestellten Instituten ausgesprochen wurden, enthält Art. 37g BankG verschiedene Sonderregeln. Vorab ist die EBK die allein zuständige Behörde für Anerkennungsentscheide.

Art. 37g Abs. 4 BankG verweist auf die subsidiäre Anwendung der Art. 166 ff. IPRG, wo für die konkursrechtlichen Folgen grundsätzlich auf das SchKG verwiesen wird. In diesem Zusammenhang wäre ohne ergänzende Regelung zumindest unklar, ob bei zwangsrechtlichen Verfahren gegen ausländische Banken und ihnen gleichgestellte Unternehmen dieser Verweis auf das SchKG auch für die Anwendung des Bankenkursverfahrens gilt. Es erfolgt somit eine Klarstellung, dass auch das nach der Anerkennung durchzuführende Konkursverfahren (sog. Hilfskonkurs) nach den Regeln des Bankenkursverfahrens erfolgt.

Auch bei einem Hilfskonkurs ist die EBK einzige Anerkennungs- und Konkursbehörde, weshalb der Konkursort keinen Einfluss auf deren Zuständigkeit hat. Jedoch wird auch hier im Rahmen der Zuständigkeit kantonaler Gerichte auf den Konkursort abgestellt. Der Konkursort muss daher bestimmt werden. Nach Art. 167 IPRG liegt der Konkursort am Ort, an dem sich in der Schweiz das Vermögen befindet. Dies führt in der Praxis mitunter zu Problemen, wenn entweder nicht mit Sicherheit feststeht, wo sich das Vermögen genau befindet, oder Vermögenswerte an mehreren Orten liegen. Es rechtfertigt sich daher, dass die EBK in ihrem Entscheid einen einheitlichen Konkursort festlegt, wobei

dieser sachgerecht und in Anlehnung an die Regelung im IPRG an einem Ort anzunehmen ist, wo sich wenigstens ein Teil des in der Schweiz liegenden Vermögens befindet oder wo ein solches zumindest vermutet wird.

Im Gegensatz zu (Haupt-)Konkursverfahren über Banken mit Sitz in der Schweiz sowie über schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Banken erfasst der Hilfskonkurs nur das in der Schweiz befindliche Vermögen. Weiter sind nur die pfandgesicherten und privilegierten Gläubiger am Verfahren beteiligt. Im Gegensatz zu Art. 172 Abs. 1 Bst. b IPRG kann die EBK neben privilegierten Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz auch solche mit Wohnsitz im Ausland am Verfahren beteiligen, was sie im Sinne der im Bankenkonzursverfahren beabsichtigten Gleichbehandlung in- und ausländischer Gläubiger¹⁸ in der Regel tun wird. In der Konkurspublikation weist die EBK auf den Kreis der privilegierten Gläubiger hin.

Ein nach Deckung der Forderungen der am Verfahren in der Schweiz beteiligten Gläubiger verbleibender Überschuss wird zuhanden der ausländischen Konkursmasse ausgehändigt. Die Modalitäten richten sich nach den Art. 173/4 IPRG, auf die in Art. 37g Abs. 4 BankG verwiesen wird.

b. Verfahren

Art. 11 Publikation und Schuldenruf

Im Gegensatz zum Konkursverfahren nach SchKG und den dort beteiligten Behörden und Gerichten sind der EBK im Zeitpunkt der Kon-

¹⁸Vgl. Art. 3 BKV

kurseröffnung die Verhältnisse des konkursiten Instituts bereits bekannt – sei es durch die bisherige Aufsicht über bewilligte Institute oder die vorgängige Abklärung der Bewilligungspflicht bei unbewilligten Instituten. Auch gibt es nur ein einheitliches Verfahren, für dessen Durchführung ein Konkursliquidator eingesetzt wird. Es rechtfertigt sich daher, dass die EBK mit der Konkurseröffnung sogleich auch den Schuldenruf publiziert und gleichzeitig Drittsprecher auffordert, ihre Aussonderungsansprüche anzumelden. Zudem sind die Schuldner des Instituts und Personen, welche Vermögenswerte des Instituts besitzen, aufzufordern, sich beim Konkursliquidator zu melden und diesen die sich in ihrem Besitz befindlichen Vermögenswerte zur Verwertung herauszugeben.

Die Frist zur Anmeldung von Forderungen als Gläubiger oder Schuldner sowie zur Meldung von Vermögenswerten des Instituts wurde – wie auch andere Fristen in der BKV – bewusst offen formuliert. Dies erlaubt, die Fristen sachgerecht und auf die besonderen Umstände wie beispielsweise die angemessene Berücksichtigung von Gläubigern und anderen Beteiligten im Ausland zuzuschneiden.

Die aus den Büchern ersichtlichen Forderungen brauchen gemäss Art. 36 Abs. 1 BankG nicht angemeldet zu werden. Sie sind wie die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen von Gesetzes wegen zu berücksichtigen und werden in Art. 24 BKV näher umschrieben. Darauf ist in der Publikation hinzuweisen. Ebenfalls zu erwähnen sind in der Publikation diejenigen Gruppen von Schuldnern des konkursiten Instituts, die im konkreten Einzelfall von der EBK von der Meldung befreit wurden, weil ihre Schuld aus den Büchern ersichtlich ist.¹⁹

¹⁹Vgl. Art. 17 BKV

Der Konkursliquidator ist nicht verpflichtet, den bekannten Gläubigern ein Exemplar der Bekanntmachung zuzustellen.²⁰ Es steht ihm aber frei, im Einzelfall alle oder einzelne Gläubiger anzuschreiben, soweit dies zur Erfassung und Verifizierung der Gläubigerforderungen notwendig erscheint. Dies kann insbesondere bei einer unbewilligten Tätigkeit angezeigt sein, wenn keine vollständige Kundendokumentation besteht oder nur eine unvollständige Buchführung erfolgt ist.

Art. 12 Gläubigerversammlung

Eine Gläubigerversammlung wird nur durchgeführt, wenn der Konkursliquidator deren Durchführung für das Verfahren als sinnvoll erachtet. Soweit es sich dabei nicht um eine reine Informationsveranstaltung handeln soll, was in gewissen Fällen durchaus auch denkbar sein kann, muss zunächst die EBK der Gläubigerversammlung die notwendigen Beschlussfassungskompetenzen erteilen. Der Konkursliquidator beantragt der EBK die Erteilung der gewünschten Kompetenzen. Die EBK entscheidet jedoch frei, ohne an den Antrag des Konkursliquidators gebunden zu sein.

Der Konkursliquidator ist hingegen auch nach erfolgter Kompetenzerteilung an die Gläubigerversammlung nicht gezwungen, eine solche durchzuführen. Er kann die Gläubiger auch auf dem Zirkularweg im Rahmen der der Gläubigerversammlung erteilten Kompetenzen entscheiden lassen.

Ebenfalls auf Antrag des Konkursliquidators legt die EBK die für die Beschlussfassung notwendigen Präsenz- und Stimmenquoten fest,

²⁰ Im Gegensatz zu Art. 233 SchKG

wobei sie auch hier nicht an dessen Antrag gebunden ist. Sind an einem Konkursverfahren neben einer Vielzahl kleinerer Gläubiger wenige Hauptgläubiger beteiligt, sind die Gewichtung der vertretenen Forderungen und die Zustimmungsvoraussetzungen anders zu beurteilen, als wenn kein Gläubiger eine beherrschende Stellung einnimmt. Zur gleichmässigen Wahrung aller Gläubigerrechte müssen die Quoren daher fallweise festgesetzt werden.

Zur Teilnahme an der Gläubigerversammlung und zur damit verbundenen Ausübung der Mitbestimmungsrechte sind ausschliesslich die Gläubiger oder ihre sich durch Vollmacht ausweisenden Vertreter zugelassen. Im Gegensatz zum ordentlichen Konkursverfahren nach SchKG findet die Gläubigerversammlung nicht unter dem zeitlichen Druck der sogenannten Ersten Gläubigerversammlung statt. Bei einer Gläubigerversammlung im Bankenkongkursverfahren sind die Gläubiger grundsätzlich bekannt, da diese in der Regel erst nach dem Schuldenruf durchgeführt wird. Es rechtfertigt sich daher, dass der Konkursliquidator unter Verzicht auf die Einberufung eines Büros²¹ ohne weitere Formalitäten über die sich dennoch stellenden Zulassungsfragen entscheidet.

Art. 13 Gläubigerausschuss

Ein Gläubigerausschuss wird nur auf Anordnung der EBK eingesetzt. Sie bestimmt nach freiem Ermessen dessen Zusammensetzung und Aufgaben. Der Konkursliquidator stellt der EBK einen Antrag auf Einsetzung eines Gläubigerausschusses und macht einen Vorschlag betreff-

²¹ Vgl. Art. 235 Abs. 2 SchKG

fund möglicher Mitglieder, den Vorsitzenden sowie die zu übertragenen Aufgaben.

Die Einsetzung eines Gläubigerausschusses erfolgt fallbezogen. Dies gilt für die zu übertragenden Aufgaben wie auch für die Auswahl der Mitglieder in fachlicher und quantitativer Hinsicht. Mit der Einsetzung bestimmt die EBK den Bedürfnissen und Anforderungen des Einzelfalls entsprechend auch das Verfahren für die Beschlussfassung mit den notwendigen Quoren.

Die EBK ist dafür besorgt, dass die wichtigsten Gläubiger respektive Gläubigerkategorien im Gläubigerausschuss angemessen vertreten sind. Der Träger der Einlagensicherung wird daher regelmässig mit einem Vertreter im Gläubigerausschuss Einsitz nehmen, wenn im Rahmen der Einlagensicherung in wesentlichem Umfang Auszahlungen an Einleger erfolgt sind. Dieser Anspruch des Trägers der Einlagensicherung auf Ernennung einer Vertretung im Gläubigerausschuss wurde ausdrücklich festgehalten.

Die Entschädigung der einzelnen Mitglieder wird von der EBK festgelegt. Wie beim Konkursliquidator findet die Entschädigungsregelung der GebV SchKG keine Anwendung.

c. Konkursaktiven

Art. 14 Inventaraufnahme

Der Konkursliquidator ist für die Inventarisierung der Konkursaktiven zuständig. Betreffend detaillierten Ablauf der Inventaraufnahme besteht keine Notwendigkeit, von der umfassenden Regelung des

SchKG abzuweichen. Mit Ausnahme weniger durch die Eigenheiten des Bankenkursverfahrens bedingter Spezialregelungen kann daher auf die geschlossene Regelung von Art. 221 – 229 SchKG verwiesen werden.

In Abweichung zur Regelung des SchKG sind die nach der Spezialregelung von Art. 37d BankG abzusondernden Depotwerte im Inventar lediglich vorzumerken. Zu deren Bewertung ist auch hier auf den Wert im Zeitpunkt der Konkursöffnung abzustellen. Eine Absonderung ist hingegen ausgeschlossen, soweit seitens der Bank gegenüber dem Deponenten der Absonderung entgegenstehende Ansprüche wie offene Forderungen oder Pfand- oder Retentionsrechte an diesen Depotwerten bestehen. Auf diese entgegenstehenden Ansprüche, bei denen es sich in der Regel um verrechenbare Konkursaktiven handeln wird, ist im Inventar bei den entsprechenden Depotwerten hinzuweisen.

Der Konkursliquidator trifft die notwendigen Vorkehrungen zur Sicherung der Konkursaktiven. Da die Verfügungskompetenz im Bankenkursverfahren jedoch allein bei der EBK liegt, muss diese auf Antrag des Konkursliquidators die notwendigen Massnahmen zur Sicherung treffen.

Nachdem der Konkursliquidator das Inventar erstellt hat, legt er dieses dem Bankier respektive – wenn es sich nicht um eine natürliche Person handelt – einer vor dem Einschreiten der EBK von den Eignern des Instituts als Organ gewählten Person vor. Diese hat eine Erklärung über die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars abzugeben. In diesem Zusammenhang nicht als Organ des Instituts gelten von der EBK ein-

gesetzte Personen wie insbesondere ein Untersuchungs-²² oder ein Sanierungsbeauftragter²³.

Art. 15 Herausgabe- und Meldepflicht

Vermögenswerte, die im Eigentum des Instituts stehen und daher als Konkursaktiven anzusehen sind, müssen dem Konkursliquidator gemeldet und – soweit es sich nicht um reine Forderungen handelt – ausgehändigt werden. Dies gilt insbesondere auch für Personen, die Vermögenswerte als Pfandgläubiger besitzen. Erfasst werden auch Pfandgläubiger, die aufgrund einer Weiterverpfändung in den Besitz von Vermögenswerten des Instituts gelangt sind.²⁴

Anzumelden sind Forderungen des Instituts auch dann, wenn der Schuldner als Gläubiger eine Verrechnung mit entgegenstehenden Forderungen geltend macht. Die Meldepflicht besteht zudem, wenn im Zusammenhang mit der Wertpapierleihe (Securities Lending and Borrowing²⁵) Rückübereignungsansprüche bestehen.

Unterbleibt die Meldung oder Herausgabe, so können an den Vermögenswerten bestehende Vorzugsrechte wie beispielsweise ein Pfandrecht erlöschen. Ein solcher Rechtsverlust tritt nach der Praxis zur analogen Bestimmung in Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG nur bei erheblichem Verschulden des Pflichtigen ein.²⁶ In Anlehnung daran wird für diesen Eingriff in das Privatrecht ein arglistiges Unterlassen vorausgesetzt.

²² Art. 23^{quater} BankG

²³ Art. 28 BankG

²⁴ Vgl. die allgemeine Regel zur Weiterverpfändung nach Art. 887 ZGB und die qualifizierten Voraussetzungen in Art. 17 BankG und Art. 33 BankV

²⁵ Vgl. zu den Entstehungsvoraussetzungen EBK-Jahresbericht 2002, 47 f.

²⁶ BGE 71 III 87

Art. 16 Ausnahmen von der Herausgabepflicht

Ausnahmen von der Herausgabepflicht nach Art. 15 bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche besteht für Effekten und andere Finanzinstrumente nach Art. 27 Abs. 3 BankG, wenn diese als Sicherheit (als Pfand oder zu Vollrecht übereignet) dienen und deren freihändige Verwertung bereits bei der Bestellung als Sicherheit vereinbart wurde. Zusätzlich müssen diese Vermögenswerte an einem repräsentativen Markt wie beispielsweise an einer Börse gehandelt werden. Eine analoge Bestimmung ist im geplanten Bucheffektengesetz vorgesehen.²⁷

Die Art der freihändigen Verwertung solcher Vermögenswerte richtet sich nach den im Sicherungsvertrag festgelegten Bedingungen und kann auf zwei Arten erfolgen: durch Verkauf am repräsentativen Markt oder Aneignung durch den Sicherungsnehmer (sog. Selbsteintritt). Hält sich der Sicherungsnehmer nicht an die im Sicherungsvertrag vereinbarten Verwertungsbedingungen, haftet er gegenüber der Konkursmasse für den dieser daraus entstehenden Schaden.

Wenn diese Vermögenswerte auch nicht zur Verwertung herausgegeben werden müssen, so sind sie trotzdem dem Konkursliquidator zwecks Vormerkung im Inventar zu melden. Der an den Vermögenswerten berechnete Sicherungsnehmer hat mit dem Konkursliquidator über den erzielten Erlös abzurechnen und einen allfälligen über der zu deckenden Forderung liegenden Betrag zuhanden der Konkursmasse herauszugeben.

²⁷ Vgl. Art. 25 des Entwurfs der eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Bucheffektengesetz (<http://www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2004/12/bucheffekten.pdf>).

Art. 17 Ausnahmen von der Meldepflicht

Gehörte die Finanzierung von Kunden zum Tätigkeitsbereich des Instituts, ist aus diesem Geschäftszweig mit einer Vielzahl von Schuldnern zu rechnen, die jedoch allesamt aus den Büchern ersichtlich sein sollten. Bei unzweifelhaft aus den Büchern hervorgehenden Schuldnern rechtfertigt sich eine analoge Regelung wie bezüglich der aus den Büchern ersichtlichen Gläubigerforderungen.²⁸ Die Bankenkommission kann daher für bestimmte Arten von Forderungen, über deren Bestand und Höhe die Schuldner regelmässig mit einem Ausweis über ihre Schuldpflicht bedient wurden, bestimmen, dass auf eine Anmeldung durch jeden einzelnen Schuldner verzichtet wird. Zu denken ist hierbei an Hypothekar-, Geschäfts- oder private Kleinkredite. Im Schuldenruf erfolgt diesfalls ein entsprechender Hinweis.

Art. 18 Aussonderung

Mit dem Schuldenruf werden Personen, die Eigentumsansprüche auf im Besitz des Instituts befindliche Vermögensgegenstände erheben, aufgefordert, ihre Ansprüche dem Konkursliquidator anzumelden. Auch wenn die Ansprecher aufgefordert werden, sich innert der für Forderungen geltenden Eingabefrist zu melden, sind auch später eintreffende Begehren noch bis zur Verteilung des aus den beanspruchten Vermögenswerten erzielten Erlöses zu behandeln. Die Beurteilung der Eigentumsansprüche erfolgt durch den Konkursliquidator.

Hält der Konkursliquidator den Eigentumsanspruch für begründet, gibt er den Gläubigern die Gelegenheit, sich den Bestreitungsanspruch

²⁸ Art. 24 BKV

im Sinne von Art. 260 SchKG abtreten zu lassen. Verlangt kein Gläubiger die Abtretung, erfolgt die Herausgabe an den Ansprecher.

Wird ein Eigentumsanspruch vom Konkursliquidator oder von Abtretungsgläubigern bestritten, so setzt der Konkursliquidator dem Ansprecher eine Frist, innert der er auf Herausgabe des beanspruchten Vermögensgegenstandes klagen muss, ansonsten sein Verzicht auf den Herausgabeanspruch angenommen wird. Die Klage hat sich gegen die Konkursmasse und im Falle einer Abtretung gegen die Abtretungsgläubiger zu richten.

Wurde der Bestreitungsanspruch an Gläubiger abgetreten und war der Ansprecher mit seiner Klage auf Herausgabe erfolglos oder hat er auf eine gerichtliche Geltendmachung gar verzichtet, dient der Erlös aus der Verwertung des entsprechenden Vermögensstückes vorab zur Deckung der im Konkursverfahren ungedeckt bleibenden Forderungen der erfolgreichen Abtretungsgläubiger.

Art. 19 Guthaben, Admassierung und Anfechtung

Der Konkursliquidator prüft Forderungen des Instituts und macht diese, nötigenfalls auf dem Beteiligungswege, geltend. Ebenfalls zu prüfen hat er die Ansprüche der Konkursmasse auf Vermögenswerte, die in ihrem Eigentum stehen, sich jedoch im Besitze anderer Personen befinden oder aber der Konkursmasse unrechtmässig in anfechtbarer Weise entzogen wurden.

Ist dem Bankenkonzursverfahren ein Sanierungsverfahren oder eine Schutzmassnahme nach Art. 26 Abs. 1 Bst. e–h BankG vorausgegangen, ist für den Beginn der Anfechtungsfristen nach Art. 286–288

SchKG die Einleitung des Sanierungsverfahrens oder der vorgängige Erlass einer Schutzmassnahme massgebend. Diese Verlängerung der Frist erfolgt analog der Regelung in Art. 331 SchKG für das Nachlassverfahren. Die analoge Bestimmung kommt bei einem vorgängigen Erlass von Schutzmassnahmen auch im Sanierungsverfahren zur Anwendung.²⁹

Will der Konkursliquidator die Forderungen des Instituts oder die Ansprüche auf Admassierung oder paulianische Anfechtung auf dem Klageweg namens der Konkursmasse geltend machen, holt er vorab die Zustimmung der EBK ein. Er stellt der EBK einen begründeten Antrag. Durch diese Genehmigungsvoraussetzung soll sichergestellt werden, dass die Konkursmasse nicht in langjährige Prozesse verwickelt wird, deren Kosten-Nutzen-Verhältnis für die Masse bei genauer Analyse als kaum vorteilhaft erscheint, das Konkursverfahren jedoch über Jahre verzögern wird. Der Konkursliquidator ist angehalten, mit der EBK die im Einzelfall zu ergreifenden Schritte abzusprechen.

Verzichtet der Konkursliquidator auf die Geltendmachung von Forderungen und Ansprüchen, weil er sie für unbegründet, uneinbringlich oder für die Masse zu risikohaft hält oder weil die EBK die Geltendmachung abgelehnt hat, stehen ihm zwei Möglichkeiten offen: Einerseits kann er die Ansprüche den Gläubigern zur Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG offerieren. Es kann dabei in aller Regel nicht damit gerechnet werden, dass nach Deckung der im Konkursverfahren ungedeckten Forderungen der Abtretungsgläubiger noch ein Überschuss für die Konkursmasse verbleibt. Deshalb hat der Konkursliquidator auch die Möglichkeit, Forderungen und Ansprüche, auf deren Geltendma-

²⁹ Art. 32 Abs. 3 BankG

chung namens der Konkursmasse verzichtet wurde, nach Art. 29 bestmöglich zu verwerten. Die Verwertung ist insbesondere bei Aktivgeschäften einer Bank in Betracht zu ziehen (Forderungsverkauf). Es kann für eine andere Bank attraktiv sein, ein ganzes Kundenportefeuille übernehmen zu können. Auch für die Konkursmasse kann der Nettoerlös damit weit höher ausfallen, als wenn jede einzelne Forderung – gestaffelt nach ihrer Fälligkeit – zeit- und kostenaufwändig geltend gemacht werden muss.

Ausgeschlossen ist die Verwertung (Verkauf oder Versteigerung) von Anfechtungs-³⁰ sowie von Verantwortlichkeitsansprüchen. Im letzteren Fall steht die gesellschaftsrechtliche Spezialregelung in Art. 757 OR, auf deren Anwendung in Art. 39 BankG verwiesen wird, einer Veräusserung solcher Ansprüche entgegen.

Art. 20 Fortführung von hängigen Prozessen

Im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits hängige Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren, in denen die Bank Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, werden vorübergehend eingestellt.³¹ Soweit ein hängiger Prozess die Konkursaktiven betrifft, hat der Konkursliquidator die Prozessaussichten und die allenfalls damit verbundene Einbringlichkeit im Falle eines Obsiegens zu beurteilen.

Der Konkursliquidator stellt der EBK Antrag betreffend Fortführung von hängigen Prozessen. Wird der Prozess seitens der Konkursmasse nicht fortgeführt, gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Mög-

³⁰ Vgl. analoge Bestimmung in Art. 256 Abs. 4 SchKG

³¹ Vgl. Art. 207 SchKG

lichkeit, sich im Sinne von Art. 260 SchKG das Prozessführungsrecht abtreten zu lassen.

Der Konkursliquidator hat den Gerichten oder den Verwaltungsbehörden, bei denen entsprechende Prozesse hängig sind, mitzuteilen, ob die Konkursmasse selbst (vertreten durch den Konkursliquidator) in die Stellung des konkursiten Instituts eintritt oder Abtretungsgläubiger anstelle der Konkursmasse den Prozess fortführen, oder aber die Konkursmasse definitiv auf die Fortführung verzichtet. Im letzteren Fall bedeutet dies die Anerkennung der gegnerischen Ansprüche (Klageanerkennung) respektive den Verzicht auf die vom Institut selbst geltend gemachten Ansprüche (Klagerückzug) unter Kostenfolge, wobei die in diesem Fall dem Institut auferlegten Verfahrens- und Parteikosten keine Massaverbindlichkeiten darstellen.

Art. 21 Einstellung mangels Aktiven

Nach erfolgter Konkursöffnung hat der Konkursliquidator als eine der ersten Handlungen mit der Inventaraufnahme zu beginnen und dabei zu prüfen, ob die vorhandenen Konkursaktiven voraussichtlich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreichen. Stellt er fest, dass die vorhandenen Aktiven nicht ausreichen, das Konkursverfahren durchzuführen, hat er der EBK die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu beantragen. Soweit Konkursaktiven pfandbelastet sind, sind sie bei dieser Beurteilung nicht zu berücksichtigen. Denn das Pfandrecht geht bereits gestützt auf das Zivilrecht sowie nach Art. 198 SchKG selbst Massaverpflichtungen in jedem Falle vor.

Gelangt die EBK zum Schluss, dass die Kosten auch für ein Verfahren, bei dem auf kostenintensive Aktivitäten wie voraussichtlich längere

Prozesse betreffend einzelne Konkursaktiven wenn immer möglich verzichtet wird, nicht gedeckt werden können, stellt sie das Verfahren ein und macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation macht sie darauf aufmerksam, dass das Verfahren definitiv geschlossen wird, wenn nicht ein Gläubiger für den durch die Konkursaktiven nicht gedeckten Teil der Kosten Sicherheit leistet.

Nach der Verfahrenseinstellung setzt die EBK den Pfandgläubigern eine Frist, innert der diese die Verwertung ihrer Pfänder verlangen können. Dadurch wird gewährleistet, dass die Pfandgläubiger für die Verwertung ihrer Pfänder nicht eine Betreuung auf Pfandverwertung einleiten müssen. Zudem bleibt ihnen im Falle einer aufgrund der Einstellung im Handelsregister inzwischen gelöschten juristischen Person deren Wiedereintragung erspart. Die EBK wird in der Regel bereits in der Publikation der Verfahrenseinstellung den Pfandgläubigern eine entsprechende Frist ansetzen. Im Gegensatz zu Art. 230a Abs. 2 SchKG erfolgt für diese vereinfachte Möglichkeit der Pfandverwertung keine Beschränkung auf Konkursverfahren gegen juristische Personen.

Verlangt ein Gläubiger die Verwertung seines Pfandes, beauftragt die EBK einen Konkursliquidator mit der Durchführung. Als Konkursliquidator kann auch ein Konkurs- oder Betreibungsamt in Frage kommen. Das Verfahren beschränkt sich auf die Verwertung des Pfandobjektes und die Verteilung des Erlöses. Es finden hierfür die Bestimmungen des Bankenkonzursverfahrens Anwendung.

Betrifft der Konkurs eine juristische Person und sind nach der Einstellung des Verfahrens und nach einer allfälligen Verwertung von Pfandgegenständen auf Begehren der Pfandgläubiger noch weitere Aktiven vorhanden, ordnet die EBK deren Verwertung an. Die EBK kann hierfür

einen Konkursliquidator einsetzen. Ist ein Aktivum mit irgendwelchen Lasten belastet, ist nach den Regeln des Bankenkonzursverfahrens ein Lastenverzeichnis zu erstellen. Ein nach Abzug der Verwertungskosten und der allenfalls auf dem Aktivum haftenden Lasten verbleibender Erlös verfällt zur Deckung der allgemeinen Kosten der EBK an den Bund. Keine Verwertung erfolgt, wenn der voraussichtliche Erlös auch diese Verwertungskosten nicht decken sollte.

Betrifft der Konkurs hingegen eine natürliche Person (Bankier), leben nach der Einstellung des Verfahrens die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungsverfahren wieder auf. Unabhängig ihrer Eintragung im Handelsregister kann diese Person zudem während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden. Diese Regelung für natürliche Personen entspricht jener von Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG, weshalb darauf verwiesen werden kann.

d. Konkurspassiven

Art. 22 Gläubigermehrheit

Bei der Gesamthandschaft steht eine Forderung mehreren Personen in dem Sinne gemeinsam zu, dass sie über die Forderung nur gemeinschaftlich verfügen können.³² Der einzelne Gesamthänder kann nicht selbständig über diese Forderung oder auch nur seinen Anteil daran verfügen. Die gesamthänderisch zustehenden Rechte bilden ein Sondervermögen, weshalb die Gesamthand als von den Gesamthändern getrennte Gläubigerin zu behandeln ist. Dies gilt auch bei der Be-

³² Beispielsweise bei der Erbengemeinschaft nach Art. 602 ZGB oder der Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft nach Art. 552 ff. OR.

handlung im Zusammenhang mit der Auszahlung der nach Art. 37h BankG gesicherten Forderungen.

Hingegen kann bei einer Gläubigersolidarität, die insbesondere im Zusammenhang mit sogenannten «Compte-joints» besteht, jeder einzelne Solidargläubiger über die gesamte Forderung verfügen. Im Gegenzug steht auch dem Institut unter Vorbehalt einer anderslautenden Abrede³³ das Recht zu, solche Forderungen mit gegenüber dem einzelnen Solidargläubiger bestehenden Gegenforderungen zu verrechnen. Im Konkurs sind insbesondere auch im Hinblick auf die Berechnung und rasche Auszahlung der gesicherten privilegierten Forderungen klare Verhältnisse zu schaffen. Die Solidarforderungen sind daher ohne Abklärung der internen Verhältnisse den Solidargläubigern zu gleichen Teilen anzurechnen. Selbstverständlich bleibt es den Solidargläubigern offen, für die Auszahlung dem Konkursliquidator eine andere Instruktion zu erteilen.

Art. 23 Privilegierte Einlagen

Im Konkurs eines bewilligten Instituts sind nach Art. 37b BankG als Einlagen zu qualifizierende Forderungen bis zum Maximalbetrag von CHF 30 000.– je Gläubiger im zweiten Rang privilegiert. Im Umfang dieses Privilegs sind diese Forderungen, soweit sie gegenüber schweizerischen Geschäftsstellen bestehen, nach Art. 37h BankG zudem durch die Einlagensicherung sichergestellt (bis zum Höchstbetrag von CHF 4 Mrd.).

³³ Der Verrechnungsverzicht kann auch mittelbar und beschränkt auf eine Teilforderung erfolgen, wie dies im Rahmen der Einlagensicherung nach Art. 37h BankG seitens der Banken erfolgt ist.

Jede natürliche oder juristische Person kann Gläubiger einer so privilegierten Forderung sein. Hingegen fällt nicht jede gegenüber der Bank bestehende Forderung als «Einlage» unter dieses Privileg. Erfasst werden nur Forderungen, die mit einer gewerbsmässigen Bank- oder Effektenhandelstätigkeit in Zusammenhang stehen. Es handelt sich dabei um Verpflichtungen der Bank, die in der Bilanz nach Art. 25 Abs. 1 BankV unter den Positionen 2.3 (Spar- und Anlagegelder der Kunden), 2.4 (Übrige Verpflichtungen gegenüber Kunden) und 2.5 (Kassenobligationen) verbucht sind oder zumindest dort hätten verbucht werden müssen.

Eine bereits in Art. 37b BankG vorgesehene Spezialregelung besteht bei den Kassenobligationen (Bilanzposition 2.5). Privilegiert sind sämtliche Kassenobligationen, die im auf den Namen des Einlegers lautenden Depot bei der herausgebenden Bank verwahrt sind – unabhängig davon, ob diese als Inhaber- oder Namenpapier ausgestaltet wurden. Keine Einlagen sind hingegen alle Kassenobligationen, die nicht bei der herausgebenden Bank selbst verwahrt werden oder bei der herausgebenden Bank in einem Schrankfach (Safe) liegen.

Mit dem Einlagenprivileg nach Art. 37b BankG wird der Schutz von kleineren Kundenguthaben bezweckt. Auch die Einlagensicherung will diese Kundenguthaben absichern und nicht möglicherweise selbst an der Einlagensicherung beteiligte Banken. Bankforderungen der Bilanzposition 2.2 fallen demzufolge nicht unter diesen Schutzzweck und sind nicht als Einlagen zu betrachten.

Nicht erfasst werden auch die übrigen Passiven der Bank wie die Forderungen von Vermietern oder Auftragsnehmern administrativer Tätigkeiten (IT-Services oder Inkasso) sowie aus Beratungsmandaten oder

Arbeitsverhältnissen, wobei letztere bekanntlich ein noch höheres Privileg in der ersten Klasse geniessen. Ebenfalls keine Einlage im Sinne von Art. 37b BankG sind Ansprüche aus Anleihen.

Nicht als Einlagen, die zu einer privilegierten Behandlung berechtigen, gelten sodann – mit Ausnahme der bereits erwähnten Kassenobligationen – auf den Inhaber lautende Forderungen, da hier allfällige andere Forderungen des gleichen Gläubigers nicht ersichtlich sind und daher eine ungewollte bevorzugte Behandlung nicht ausgeschlossen werden kann. Ebenfalls nicht als Einlagen gelten vertragliche und ausservertragliche Schadenersatzforderungen. Darunter sind insbesondere auch Ersatzforderungen zu verstehen, die einem Depotkunden für nicht vorhandene Depotwerte zustehen.

Eine besondere Behandlung erfahren Forderungen von Bank- und Freizügigkeitsstiftungen. Deren Forderungen gelten aufgrund der Definition in den entsprechenden Vorsorgebestimmungen³⁴ nicht als Gesamteinlagen der jeweiligen Stiftung, sondern als solche der einzelnen Versicherten und Vorsorgenehmer. Die Auszahlung für diese Forderungen erfolgt hingegen wiederum an die jeweilige Stiftung. Hat ein Versicherter oder Vorsorgenehmer gegenüber der Bank auch noch andere Forderungen, für die eine sofortige Auszahlung³⁵ an den einzelnen Gläubiger erfolgen kann, gilt das Einlagenprivileg vorab zur Deckung dieser Forderungen. Diese Regelung entspricht dem Zweck der privilegierten Einlagen. Den einzelnen Gläubigern soll dadurch eine rasche Überbrückung von Liquiditätsengpässen ermöglicht werden.

³⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BVV 3 (SR 831.461.3) und Art. 19 Abs. 2 Freizügigkeitsverordnung (SR 831.425)

³⁵ Vgl. die einer sofortigen Auszahlung entgegenstehenden Gründe gemäss Art. 33 Abs. 4 BKV

Art. 24 Prüfung der Forderungen

Im Bankenkonzursverfahren muss in der Regel der Grossteil aller Gläubigerforderungen nicht angemeldet werden. Als von Gesetzes wegen angemeldet gelten die aus den Büchern sowie die aus dem Grundbuch³⁶ ersichtlichen Forderungen. Als aus den Büchern ersichtlich gelten dabei Forderungen, über deren Bestand und Höhe die Gläubiger vom Institut regelmässig mit Auszügen oder Saldobestätigungen bedient wurden.

Der Konkursliquidator prüft sämtliche Forderungen. Er berücksichtigt dabei alle ihm vorliegenden Akten. Er kann die Gläubiger zudem auffordern, ihre Forderungen näher zu begründen und entsprechend zu belegen. Es steht aber auch in seinem Ermessen, zur Verifizierung ihm noch nicht vorliegende Unterlagen wie insbesondere Akten aus Strafverfahren beizuziehen.

Bei den aus den Büchern des Instituts hervorgehenden Forderungen ist davon auszugehen, dass diese – unabhängig der Beurteilung durch den Konkursliquidator – vom Institut als anerkannt gelten. Betreffend die nicht aus den Büchern ersichtlichen Forderungen holt der Konkursliquidator vom Bankier respektive – wenn es sich nicht um eine natürliche Person handelt – von einer vor dem Einschreiten der EBK von den Eignern des Instituts als dessen Organ gewählten Person eine Erklärung über Bestand und Höhe dieser Forderungen ein. Die Erklärung dient dem Konkursliquidator einerseits zur Beurteilung der einzelnen Forderungen. Andererseits ist sie aber auch – wie die Anerkennungs-

³⁶ Analog Art. 246 SchKG Forderung samt laufendem Zins

vermutung – im Zusammenhang mit dem im Falle einer ungedeckt bleibenden Forderung auszustellenden Verlustschein von Bedeutung.³⁷

Art. 25 Kollokation

Es ist Aufgabe des Konkursliquidators, darüber zu entscheiden, ob Bestand, Höhe und Rang einer Forderung anerkannt und in den von ihm zu erstellenden Kollokationsplan aufgenommen werden. In den Kollokationsplan nicht mehr aufzunehmen und damit auch nicht nachträglich zu prüfen sind die bereits ausbezahlten Kleinstanlagen bis CHF 5000.–.³⁸ Die Gläubiger dieser Forderungen sind mit deren Auszahlung aus dem Verfahren ausgeschieden. Ihnen stehen keine Gläubigerrechte mehr zu.

Art. 26 Im Prozess liegende Forderungen

Im Zeitpunkt der Konkursöffnung in der Schweiz³⁹ bereits hängige Prozesse (Zivilprozesse oder Verwaltungsverfahren), die die Passiven der Bank (Gläubigerforderungen) betreffen, werden wie die hängigen Prozesse betreffend Konkursaktiven einstweilen eingestellt.⁴⁰ Über Bestand und Höhe dieser Forderungen müsste – wäre kein Prozess hängig – im Kollokationsverfahren entschieden werden. Bis zum Abschluss des hängigen Prozesses, dem nach Konkursöffnung die Funktion eines Kollokationsprozesses zukommt, sind solche Forderungen lediglich pro memoria im Kollokationsplan aufzunehmen.

³⁷ Zu den Auswirkungen vgl. die Ausführungen zu Art. 35 BKV

³⁸ Art. 37a BankG vgl. die Ausführungen zu Art. 19 BankV

³⁹ BGE 7B.124/2004 vom 12.11.2004

⁴⁰ Vgl. Art. 207 SchKG sowie Ausführungen zu Art. 20 BKV

Wie betreffend die übrigen Gläubigerforderungen entscheidet der Konkursliquidator ohne Mitwirkung der EBK, ob er die im Prozess liegende Forderung anerkennen und damit auf die Fortführung des Prozesses verzichten will. Wird der Prozess seitens der Konkursmasse nicht fortgeführt, gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Möglichkeit, sich im Sinne von Art. 260 SchKG das Prozessführungsrecht abtreten zu lassen. Obsiegen die Abtretungsgläubiger ganz oder teilweise, dient der entsprechende Anteil der Forderung des unterlegenen Gläubigers an der Konkursmasse der Befriedigung der ihnen angefallenen Prozesskosten sowie zur Deckung ihrer im Bankenkonzursverfahren ungedeckt bleibenden Forderungen. Ein allfälliger Überschuss fällt zurück an die Konkursmasse zugunsten der übrigen Gläubiger.

Die Gläubiger haben keine Möglichkeit, die nach Abschluss des Prozesses definitiv in den Kollokationsplan aufgenommene Forderung mit einer Kollokationsklage anzufechten. Die Kollokation kann seitens der Gläubiger einzig über die Abtretung des Prozessführungsrechts angefochten werden, wenn der Konkursliquidator auf die Fortführung verzichtet hat.

Art. 27 Einsicht in den Kollokationsplan

Ist der Kollokationsplan erstellt, gibt der Konkursliquidator den Gläubigern die Gelegenheit zur Einsicht. Er macht die Einsichtsmöglichkeit öffentlich bekannt. In der Publikation gibt er an, ab welchem Zeitpunkt und wo oder in welcher Form Einsicht genommen werden kann. Dabei ist auch denkbar, dass der Kollokationsplan nicht physisch aufliegt, sondern via ein modernes Medium beispielsweise über einen passwortgeschützten Zugriff eingesehen werden kann.

Die Einsicht ist während mindestens 20 Tagen ab Publikation der Einsichtsmöglichkeit zu gewähren. Dies entspricht der Frist für die Anfechtung sowohl der eigenen Kollokation als auch jener anderer Gläubiger mittels Kollokationsklage.⁴¹ Die allgemeinen Regeln über die Akteneinsicht nach Art. 5 (insbesondere das Spezialitätenprinzip) gelten auch für die Einsicht in den Kollokationsplan. Soweit die Voraussetzungen für die Akteneinsicht gegeben sind, kann der Kollokationsplan auch noch nach Ablauf der Frist eingesehen werden.

Der Konkursliquidator hat jedem Gläubiger, dessen Forderung nicht wie angemeldet oder aus den Büchern oder dem Grundbuch hervorgehend in den Kollokationsplan aufgenommen wurde, die Abweisung seiner Forderung mitzuteilen. In der Mitteilung erfolgt auch eine kurze Begründung, weshalb die Forderung oder deren Privileg (Pfandrecht oder Rang) abgewiesen wurde. Nach der allgemeinen Regel von Art. 4 BKV muss die Mitteilung nur an jene Gläubiger erfolgen, deren Name und aktuelle Adresse bekannt sind.

Art. 28 Kollokationsklage

Gläubiger, deren Forderung oder Privileg ganz oder teilweise abgewiesen wurde, können beim ordentlichen Richter am Konkursort gegen die Konkursmasse eine Kollokationsklage einreichen. Ebenfalls steht ihnen das Recht zu, beim selben Richter die Kollokation eines anderen Gläubigers anzufechten. Die Voraussetzungen und Modalitäten einer Kollokationsklage bleiben im Bankenkonzursverfahren gegenüber dem SchKG-Verfahren unverändert und stehen im Kompetenzbereich

⁴¹ Vgl. Art. 250 SchKG sowie Ausführungen zu Art. 28

des zuständigen ordentlichen Richters am Konkursort. Es rechtfertigt sich, hierfür auf die Regelung in Art. 250 SchKG zu verweisen.

Für den Fristenlauf (Klagefrist) von 20 Tagen ist auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in den Kollokationsplan abzustellen. Dabei ist für den Fristbeginn einerseits vorausgesetzt, dass die Möglichkeit der Einsichtnahme bereits publiziert wurde, andererseits die Einsichtnahme – sei dies physisch oder über andere Medien – aber auch tatsächlich möglich ist.

e. Verwertung

Art. 29 Art der Verwertung

Ziel der Verwertung ist die bestmögliche Versilberung der Konkursaktiven. Diese Aufgabe obliegt dem Konkursliquidator. Es ist daher nur folgerichtig, wenn er möglichst frei über Art und Zeitpunkt der Verwertung bestimmen kann. Im Gegensatz zum Konkursverfahren nach SchKG kommt der Verwertung durch öffentliche Versteigerung keine vorrangige Bedeutung zu. Es hat sich denn in der Praxis auch immer wieder gezeigt, dass die Attraktivität von öffentlichen Versteigerungen oft gering ist und wenig Flexibilität besteht. Vielfach lässt sich durch andere aktive Verkaufsbemühungen – abgestimmt auf den bestmöglichen Zeitpunkt – ein weit besseres Resultat erzielen.

Der Konkursliquidator macht die geplanten Verwertungen und insbesondere die jeweilige Verwertungsart den Gläubigern in seinem periodisch zu erstellenden Verwertungsplan bekannt. Die Gläubiger werden somit vor der geplanten Verwertung informiert und können bei der EBK die Überprüfung der geplanten Verwertungshandlungen verlan-

gen.⁴² Daneben trägt der Konkursliquidator gegenüber den Gläubigern aber stets auch selbst die Verantwortung für sein Handeln.⁴³

Ein spezieller Status kommt den Pfandgläubigern zu. Die ihnen als Pfand dienenden Vermögenswerte dürfen nur mit ihrer Zustimmung anders als durch öffentliche Versteigerung verwertet werden. An einer öffentlichen Versteigerung haben sie im Gegensatz zu anderen Verwertungsarten stets die Möglichkeit, den Pfandgegenstand auch selber zu erwerben. Soweit der erzielte Erlös nach Abzug der Verwertungskosten die pfandgesicherten Forderungen vollständig deckt, ist hingegen aufgrund des fehlenden Rechtsschutzinteresses der Pfandgläubiger unabhängig der gewählten Verwertungsart deren Zustimmung nicht notwendig.

Besteht Dringlichkeit im Sinne einer drohenden Verminderung der Konkursaktiven durch schnelle Wertverminderung oder hohe Verwaltungskosten, kann eine Verwertung ohne Aufschub und insbesondere ohne vorgängige Aufnahme in den Verwertungsplan erfolgen. Ebenfalls ohne Aufschub und Aufnahme in den Verwertungsplan kann die Verwertung von an einem repräsentativen Markt gehandelten Vermögenswerten durchgeführt werden. Zu denken ist hier insbesondere an die an einer Börse gehandelten Wertpapiere oder anderen Wertrechte wie auch an Edelmetalle. Schliesslich kann auf die vorgängige Aufnahme in den Verwertungsplan verzichtet werden, wenn es sich um Vermögenswerte von nicht bedeutendem Wert handelt. Wo hier die betragsmässige Grenze liegt, lässt sich nicht abstrakt beurteilen, sondern ist auf Antrag des Konkursliquidators von der EBK für das einzelne Verfahren zu bestimmen.

⁴² Vgl. Art. 7 BKV

⁴³ Vgl. Verantwortlichkeitsbestimmung in Art. 39 BankG

Art. 30 Öffentliche Versteigerung

Die öffentliche Versteigerung wird im SchKG für den Konkurs und die Pfandverwertung sehr detailliert geregelt. Mit dem VZG besteht zudem eine vom Bundesgericht eigens für die Verwertung und insbesondere für die öffentliche Versteigerung von Grundstücken erlassene Verordnung. Mit wenigen, nachfolgend erwähnten Ausnahmen besteht kein Anlass bei einer Verwertung durch öffentliche Versteigerung von den bereits bestehenden Regeln abzuweichen. Es rechtfertigt sich daher, auf die Bestimmungen von Art. 257–259 SchKG zu verweisen. Es wird zudem eher die Ausnahme bleiben, dass sich der Konkursliquidator für eine Verwertung durch öffentliche Versteigerung entscheiden wird.

Wird eine öffentliche Versteigerung durchgeführt, ist der Konkursliquidator für deren Vorbereitung und Durchführung sowie für den darauf folgenden Vollzug verantwortlich. Ihm obliegt es auch, in den Steigerungsbedingungen im Sinne von Art. 258 Abs. 2 SchKG ein Mindestangebot für die erste Versteigerung festzusetzen.

Der Konkursliquidator macht vor der Steigerung die Möglichkeit der Einsichtnahme in die Steigerungsbedingungen öffentlich bekannt. Dies kann wie bei der Einsicht in den Kollokationsplan⁴⁴ durch Auflage an einem bestimmten Ort oder durch Zugriff über ein anderes Medium erfolgen. Der Konkursliquidator kann auch vorsehen, dass bei einem Konkurs- oder Betreibungsamt am Ort, wo sich der zu verwertende Vermögensgegenstand befindet, Einsicht genommen werden kann. Den kantonalen Konkurs- und Betreibungsämtern obliegt eine ent-

⁴⁴Vgl. Ausführungen zu Art. 27 BKV

sprechende Mitwirkungspflicht, ihre Aufwendungen sind nach der für sie gültigen GebV SchKG zu entschädigen.

Art. 31 Abtretung von Rechtsansprüchen

Haben sich Gläubiger Rechtsansprüche abtreten lassen, auf deren Geltendmachung seitens der Konkursmasse (Entscheid Konkursliquidator oder EBK) verzichtet wurde, stellt ihnen der Konkursliquidator darüber eine Bescheinigung aus, in der er die Bedingungen der Abtretung näher umschreibt. Er setzt ihnen darin eine Frist, innert der sie den abgetretenen Anspruch gerichtlich geltend machen müssen. Nach unbenutztem Ablauf der Frist fällt die Abtretung dahin. Die Frist ist erstreckbar, doch muss hierfür zumindest glaubhaft dargetan werden, dass ohne Verzögerung aussergerichtlich eine Lösung gesucht wurde und ein Abschluss oder die gerichtliche Geltendmachung bevorsteht.

Über das Resultat haben die Abtretungsgläubiger den Konkursliquidator umgehend zu orientieren. Ein nicht in Form einer Geldforderung bestehender Prozessgewinn ist dem Konkursliquidator zwecks Verwertung abzuliefern. Der nach den Verwertungskosten resultierende Erlös dient sodann vorab zur Deckung der mit der Geltendmachung entstandenen Prozesskosten sowie der im Konkursverfahren ungedeckt gebliebenen Forderungen der Abtretungsgläubiger. Ein allfälliger Überschuss fällt an die Konkursmasse und ist dieser, wenn der Prozessgewinn in Form einer Geldforderung direkt den Abtretungsgläubigern bezahlt wurde, herauszugeben. Nach Abschluss des Konkursverfahrens hat die Mitteilung an die EBK zu erfolgen, die die notwendigen Anordnungen trifft.

Die Abtretung von Rechtsansprüchen an die Gläubiger hat im Bankenkongkursverfahren die gleichen Wirkungen wie die Regelung in Art. 260 Abs. 1 und 2 SchKG, weshalb sich der Verweis auf diese Bestimmung mit reichhaltiger Praxis rechtfertigt. Für die Bescheinigung der Abtretung hat das Bundesgericht ein amtliches Abtretungsformular⁴⁵ erlassen. Soweit für das Bankenkongkursverfahren keine abweichende Regelung gilt, kann auch für die Bescheinigung im Bankenkongkursverfahren auf die dortige Formulierung abgestellt werden. Die EBK stellt den Konkursliquidatoren ein auf das Bankenkongkursverfahren angepasstes Formular zur Verfügung.

Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs und verlangt auch kein Gläubiger dessen Abtretung, liegt es im Ermessen des Konkursliquidators und nach Abschluss des Konkursverfahrens der EBK zu beurteilen, ob der Anspruch noch in irgendeiner Form verwertet werden kann und soll. Das Gleiche gilt, wenn die Abtretung eines Rechtsanspruches nach unbenutztem Ablauf der Frist dahinfällt. Diese Verwertung kann formlos erfolgen, denn die Gläubiger haben bereits auf ihre Rechte an diesem Rechtsanspruch verzichtet.

f. Verteilung und Abschluss

Art. 32 Massaverpflichtungen

Decken die noch vorhandenen Konkursaktiven die auflaufenden Kosten und Verbindlichkeiten der Konkursmasse nicht mehr, ist das Verfahren rechtzeitig mangels Aktiven einzustellen, wenn seitens der

⁴⁵ Formular KOV Nr. 7

Gläubiger nicht hinreichend Sicherheiten geleistet werden.⁴⁶ Für den Fall, dass die vorhandenen Konkursaktiven am Schluss des Verfahrens oder trotz inzwischen erfolgter Einstellung nicht ausreichen, alle Massaverbindlichkeiten zu decken, ist die Reihenfolge der Deckung zu bestimmen.

Im SchKG wird die Reihenfolge der Massaverpflichtungen nicht geregelt. In der Praxis ist jedoch anerkannt, dass unter den Massaverpflichtungen eine Reihenfolge besteht.⁴⁷ Es fehlt aber eine klare Abgrenzung insbesondere mit Blick auf den Sonderfall des Bankenkurses. Ebenfalls fehlt im SchKG eine vollständige Aufzählung der möglichen Massaverpflichtungen. Für das Bankenkursverfahren werden einerseits die möglichen Massaverpflichtungen aufgezählt und andererseits auch deren Reihenfolge bei der Deckung festgelegt.

Erste Priorität kommt dabei Verpflichtungen zu, die gemäss Art. 37 BankG im Zeitraum vor der Konkursöffnung während einer Schutzmassnahme nach Art. 26 Abs. 1 Bst. e–h BankG eingegangen wurden. Diese Schutzmassnahmen haben regelmässig zum Ziel, die Geschäftstätigkeit der Bank fortführen zu können. Ohne das Privileg könnte dieser Zweck vorweg nicht erreicht werden, da bei Kenntnis über die angespannte Situation niemand mehr neue Geschäfte abschliessen würde.⁴⁸

In zweiter Priorität erfolgt die Deckung von Verbindlichkeiten, die die Konkursmasse während der Dauer des Verfahrens eingehen musste. Hierzu zählen als häufig anzutreffendes Beispiel auch die Mietkosten

⁴⁶ Vgl. Art. 21 BKV

⁴⁷ BGE 113 III 151

⁴⁸ Vgl. analoge Regelung in Art. 310 Abs. 2 SchKG im Rahmen einer Nachlassstundung.

für Räumlichkeiten, die nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht sofort geräumt werden können. In gleicher Priorität sind auch die vom Konkursliquidator für die Abwicklung des Verfahrens beigezogenen Personen zu bezahlen wie Experten oder Liquidatoren, aber auch ehemalige Mitarbeiter, die für gewisse Aufgaben im Auftragsverhältnis engagiert wurden. Die Konkursmasse wird in der Regel nicht in die bestehenden Arbeitsverhältnisse eintreten.

In dritter Priorität sind die Verfahrenskosten zu decken. Darunter fallen das Honorar und die Auslagen des eingesetzten Konkursliquidators und weiterer von der EBK für die Abwicklung des Verfahrens beauftragter Personen sowie auch die Kosten der Konkurseröffnung und weiterer Verfahren.

Wenn die Mittel für die vorangehenden Massaverpflichtungen ausreichen, hat der Konkursliquidator aus der Konkursmasse auch die mit der Verwahrung in Zusammenhang stehenden Verbindlichkeiten gegenüber Drittverwahrern von Depotbeständen der Kunden zu bezahlen. Dadurch soll die rasche Absonderung zugunsten der einzelnen Depotkunden ermöglicht werden.

Art. 33 Verteilung

Im Bankenkursverfahren hat der Konkursliquidator die Möglichkeit, während dem Verfahren Abschlagsverteilungen vorzunehmen. Abschlagsverteilungen sind nur an Gläubiger möglich, deren Forderungen definitiv festgestellt wurden. Keine Abschlagszahlung erfolgt daher neben den Gründen, aus denen auch bei der abschliessenden Verteilung keine Auszahlung erfolgen kann, für Forderungen, die Gegenstand einer noch hängigen Kollokationsklage bilden. Zudem darf eine

Abschlagsverteilung nur so weit erfolgen, als mit Sicherheit von einer Deckung ausgegangen werden kann. Eine Abschlagsverteilung wird daher regelmässig bei privilegierten Forderungen möglich sein. Die Verteilungsliste ist vor der Auszahlung von der EBK zu genehmigen.

Sobald der Konkursliquidator sämtliche Verwertungshandlungen abgeschlossen hat und sämtliche Prozesse über Konkursaktiven und -passiven, in denen die Konkursmasse Partei war, erledigt sind, erstellt er seine Schlussrechnung sowie die abschliessende Verteilungsliste über die netto zu verteilenden Aktiven. Dabei braucht der Konkursliquidator keine Rücksicht zu nehmen auf in diesem Zeitpunkt noch nicht erledigte Rechtsansprüche, die zur Geltendmachung an einzelne Gläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG abgetreten wurden. Die Verteilungsliste ist vor der Verteilung der EBK zur Genehmigung einzureichen. Die Verteilungsliste wird nicht aufgelegt.⁴⁹

Eine Auszahlung ist auch bei Abschluss des Verfahrens nicht möglich, wenn – beispielsweise nach einer Beschlagnahme oder einer anderweitigen Sperrung durch eine Strafverfolgungsbehörde – die an der Forderung Berechtigten noch nicht definitiv bekannt sind. Eine Auszahlung hat aber insbesondere auch zu unterbleiben, solange der Bestand der Forderung oder die Höhe ihres ungedeckten Teils noch nicht abschliessend feststeht, die Forderung also insbesondere noch unter aufschiebender Bedingung steht oder eine ungewisse Verfallzeit hat. Hierunter fallen ausdrücklich auch Forderungen, die teilweise durch noch nicht verwertete Sicherheiten im Ausland gedeckt sind⁵⁰, oder voraussichtlich durch eine noch ausstehende Befriedigung in einem ausländischen

⁴⁹ Art. 37e Abs. 1 BankG

⁵⁰ Vgl. die analoge Bestimmung in Art. 62 KOV

Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Bankenkonzurs in Zusammenhang steht, teilweise Deckung erhalten werden.⁵¹ Auch sollen die an einem ausländischen Verfahren teilnehmenden Gläubiger nicht besser gestellt werden als die nur am schweizerischen Verfahren teilnehmenden gleichen Ranges.

Art. 34 Schlussbericht und Hinterlegung

Im Schlussbericht soll der Konkursliquidator die wichtigsten Eckpunkte und Probleme des Verfahrens sowie die einzelnen Prozesse, in die die Konkursmasse als Partei auf der Aktiv- oder Passivseite involviert war, nochmals summarisch zusammenfassen. Unter Vorbehalt der ausdrücklichen Aufforderung im Einzelfall ist hier jedoch keine tiefe Detaillierung gefordert.

Der Schlussbericht hat sodann jene Angaben zu enthalten, die auch nach Abschluss des Verfahrens von Bedeutung sein können. Darunter fällt die Auflistung der noch offenen Abtretungen von Rechtsansprüchen an Gläubiger. Der Konkursliquidator hat aber insbesondere auch die noch nicht ausbezahlten Dividenden sowie die noch nicht herausgegebenen abgesonderten Depotwerte aufzuführen. Er hat jeweils anzugeben, weshalb die Auszahlung oder die Herausgabe noch nicht erfolgen konnte.

Die EBK trifft die notwendigen Anordnungen für die Hinterlegung der noch nicht ausbezahlten Dividenden und der noch nicht herausgegebenen Depotwerte. Sie macht den Schluss des Bankenkonzursverfahrens öffentlich bekannt. Da das Mandat des Konkursliquidators mit

⁵¹ Vgl. Art. 37f Abs. 2 BankG

Abschluss des Verfahrens endet, erfolgt die spätere Auszahlung und die Prüfung, ob die Auszahlungsvoraussetzungen inzwischen gegeben sind, durch die EBK – soweit sie diese Aufgaben nicht an Dritte delegiert.

Art. 35 Verlustschein

Jedem Gläubiger, dessen Forderung im Konkursverfahren nicht vollständig gedeckt wurde, steht das Recht zu, für den ungedeckt bleibenden Teil einen Verlustschein zu verlangen. Dieser hat die gleichen Wirkungen wie der nach Art. 265 SchKG ausgestellte Verlustschein.

Im Verlustschein ist neben der ungedeckt gebliebenen Restforderung und dem Forderungsgrund insbesondere auch anzugeben, ob die ursprüngliche Forderung des Gläubigers von der Bank anerkannt wurde.⁵² Bei einer Anerkennung gilt der Verlustschein als Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 SchKG. Dies kann auch bei juristischen Personen trotz deren Löschung von Bedeutung sein, wenn es beispielsweise darum geht, gegenüber Dritten Nebenrechte wie Bürgschaften geltend zu machen. Hierfür kann die vereinfachte Rechtsdurchsetzung auf dem Betreibungswege nur erfolgen, wenn auch eine Schuldanerkennung (Rechtsöffnungstitel) für die Hauptschuld vorliegt.

Der Verlustschein wird den einzelnen Gläubigern nur auf deren Verlangen gegen Entrichtung einer Kostenpauschale ausgestellt. Der Konkursliquidator macht die Gläubiger auf diese Möglichkeit aufmerksam. Dieser Hinweis wird in der Regel im Schreiben über die bevorstehende

⁵² Zur Anerkennung der Forderung vgl. die Ausführungen zu Art. 24 BKV

Auszahlung oder – insbesondere wenn keine Auszahlung erfolgt – durch eine allgemeine Mitteilung erfolgen.

Art. 36 Aktenaufbewahrung

Auch nach Abschluss oder Einstellung des Bankenkursverfahrens muss der Zugang zu den Akten gewährleistet sein. Da mit Abschluss oder Einstellung des Bankenkursverfahrens das Mandat des Konkursliquidators endet, muss die EBK die Aufbewahrung der Konkurs- sowie der relevanten oder noch aufbewahrungspflichtigen Geschäftsakten regeln. Für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Aufbewahrung und späteren Vernichtung dieser Akten sind bereits vor der Verteilung an die Gläubiger die notwendigen Mittel als Verfahrenskosten auszuscheiden.

Die Konkursakten sowie die noch vorhandenen Geschäftsakten sind nach Abschluss des Konkursverfahrens noch zehn Jahre aufzubewahren. Die anschliessende Vernichtung erfolgt auf Anordnung der EBK. Zu berücksichtigen sind dabei gesetzliche Spezialregelungen für die Aufbewahrung einzelner Aktenstücke, in denen besondere Aufbewahrungsstellen oder längere Aufbewahrungsfristen vorgesehen sind wie beispielsweise bei nachrichtenlosen Vermögen.

Art. 37 Nachträglich anfallende und hinterlegte Vermögenswerte

Neu entdeckte Vermögenswerte und Rechtsansprüche des Instituts, die bisher nicht zur Konkursmasse gezogen wurden, werden gemäss Anordnung der EBK verwertet. In der Regel wird sie den früheren Konkursliquidator mit der Verwertung beauftragen. Denkbar ist aber auch, ein Konkurs- oder Betreibungsamt damit zu betrauen. Die Verwertung

erfolgt nach den Bestimmungen des Bankenkonzursverfahrens. Die nachträgliche Verwertung durch Wiederaufnahme des bereits geschlossenen Bankenkonzursverfahrens ist auf zehn Jahre seit dessen Abschluss beschränkt.

Nach der Verwertung erfolgt die Verteilung des Nettoerlöses an die im Konkursverfahren zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rang. Mit der nachträglichen Auszahlung ist die Rückgabe oder Reduktion der ausgestellten Verlustscheine zu verbinden. Die Verteilung erfolgt jedoch nur an Gläubiger, von denen die für die Auszahlung notwendigen Angaben vorhanden sind. Die Gläubiger können – unter Verwirklichungsfolge – in einer öffentlichen Bekanntmachung aufgefordert werden, dem Konkursliquidator innert einer bestimmten Frist die notwendigen Angaben bekannt zu geben.

Hinterlegte Vermögenswerte, die nach Ablauf von zehn Jahren nicht bezogen wurden, werden wie die neu entdeckten Vermögenswerte und Rechtsansprüche verwertet und an die zu Verlust gekommenen Gläubiger verteilt. Gleichermassen verteilt werden nach Ablauf von zehn Jahren auch die hinterlegten Anteile (Dividenden). Keine Verwertung und Verteilung kann jedoch erfolgen, wenn eine spezialgesetzliche Regelung besteht, die entweder eine längere Frist oder die Herausgabe der nicht ausbezahlten Gelder an eine zentrale Stelle vorsieht, wie dies bei der geplanten Regelung über die nachrichtenlosen Vermögen vorgesehen ist.

g. Schlussbestimmungen

Art. 38 Inkrafttreten

Die Bankenkonzursverordnung findet auf alle Bankenkonzursverfahren Anwendung, die nach ihrem Inkrafttreten eröffnet werden. Auf von der EBK vor Inkrafttreten eröffnete Bankenkonzursverfahren findet die Bankenkonzursverordnung nicht rückwirkend Anwendung. Die EBK legt aber im Einzelfall gestützt auf Art. 34 Abs. 3 BankG fest, dass auf diese Konkursverfahren ab einem bestimmten Verfahrensschritt die Regeln der Bankenkonzursverordnung zur Anwendung gelangen.

II. Einlagensicherung

1. Allgemeines

a. Ausgangslage

Mit Inkrafttreten der neuen Bankinsolvenzbestimmungen per 1. Juli 2004 wurden alle Banken und Effekthändler von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre privilegierten Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen zu sichern. Diese Sicherung hat möglichst weitgehend im Rahmen einer von der EBK zu genehmigenden Selbstregulierung zu erfolgen. Soweit mittels Selbstregulierung jedoch keine für den angestrebten Schutz der privilegierten Einleger hinreichende Lösung möglich ist, hat eine ergänzende Regelung auf Verordnungsstufe zu erfolgen.⁵³

⁵³ Siehe Botschaft zur Änderung Bankinsolvenzbestimmungen, BBl 2002 8073.

Im Verlaufe der Ausarbeitung einer neuen Einlagensicherungsvereinbarung durch die Bankiervereinigung hat sich gezeigt, dass ein Teil der im Zusammenhang mit der Einlagensicherung sich stellenden Fragen nicht nur die Banken und Effektenhändler selbst betrifft. Einzubeziehen sind insbesondere auch die von der EBK eingesetzten und unter ihrer Aufsicht stehenden Beauftragten sowie die privilegierten Gläubiger. Diese Schnittstellen lassen sich mittels Selbstregulierung allein nicht sinnvoll und auch nicht mit der notwendigen Verbindlichkeit für alle Beteiligten lösen, weshalb für gewisse Fragen eine Regelung auf Verordnungsstufe notwendig ist.

b. Kernpunkte der neuen Regelung

In der im Rahmen der Verordnung erfolgenden Regelung wird der von der EBK eingesetzte Beauftragte (Konkursliquidator, Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragter) damit betraut, aufgrund der Bücher der Bank einen Auszahlungsplan mit den privilegierten Einlagen zu erstellen. Der Beauftragte ist sodann auch für die Auszahlung der gesicherten Einlagen zuständig. Die zivilrechtlichen Ansprüche der gesicherten Einleger bestehen hingegen einzig gegenüber dem Träger der Einlagensicherung. Als Aufgabe der Selbstregulierung verbleibt somit hauptsächlich, die fristgerechte Bereitstellung der notwendigen Mittel sicherzustellen.

Gestützt auf den generellen Verweis in Art. 36a BEHG sind nicht nur die Bankinsolvenzbestimmungen, sondern auch die Vorschriften über die Einlagensicherung auch auf die Effektenhändler anwendbar. Soweit nachfolgend im Zusammenhang mit der Einlagensicherung von den Verpflichtungen der Banken gesprochen wird, sind daher stets auch

die Effekthändler gemeint, soweit diese nicht gesondert erwähnt werden.

c. Konsultationsverfahren

Der Entwurf zur im Zusammenhang mit der Einlagensicherung notwendigen Änderung der Bankenverordnung sowie der Börsenverordnung stiess im Rahmen des Konsultationsverfahrens auf breite Zustimmung.⁵⁴ Gestützt auf die wenigen zur Einlagensicherung eingegangenen Stellungnahmen hat der Entwurf insbesondere kleinere redaktionelle Anpassungen erfahren. Eine materielle Ergänzung erfolgte einzig, indem der EBK für den Ausnahmefall die Kompetenz erteilt wurde, die Frist für die erste Meldung der privilegierten Einlagen um ein Jahr verlängern oder in begründeten Fällen einzelnen Banken eine Sonderregelung bewilligen zu können. Ziel bleibt aber, bereits für das Geschäftsjahr 2006 von sämtlichen Banken und Effekthändlern die vollständigen Zahlen zu den privilegierten Einlagen zu erhalten.

2. Kommentierung der einzelnen Artikel

a. Änderungen der Bankenverordnung

Art. 19 Zusatzliquidität

Die gesetzlich vorgesehene Einlagensicherung ist auf den Maximalbetrag von 4 Milliarden Franken begrenzt. Die Banken sind verpflichtet, für die Hälfte dieser maximalen Beitragsverpflichtung dauernd und zu-

⁵⁴ Vgl. Ziff. I.1.c

sätzlich zu den übrigen einzuhaltenden Liquiditätsvorschriften⁵⁵ liquide Mittel zu halten.⁵⁶ Liquide Mittel sind dabei in Form von nicht zu verrechnenden liquiden Aktiven im Sinne von Art. 16 BankV bereitzustellen. Die Vorschrift über die Zusatzliquidität findet im Übrigen auch auf Effekthändler Anwendung, die ausserhalb der Einlagensicherung keine Liquiditätsvorschriften kennen.⁵⁷

Sowohl für die spätere Beitragspflicht wie auch für die Berechnung der Zusatzliquidität der einzelnen Banken ist ein Verteilschlüssel notwendig, der auf die von den einzelnen Banken ausgewiesenen privilegierten Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen abstellt.⁵⁸ Die anteilmässige Berechnung erfolgt durch die EBK. Diese teilt den Banken jährlich die jeweils ab 1. Juli sicherzustellende Zusatzliquidität mit.

Damit die EBK die notwendigen Berechnungen vornehmen kann, haben ihr die Banken im Rahmen des üblichen Meldewesens (insbesondere im Rahmen der Frühinformationspflichten⁵⁹) die notwendigen Angaben mitzuteilen. Die zu meldenden Angaben betreffen dabei jene Passivpositionen der Bilanz, welche der in der Bankenkonkursverordnung erfolgten Definition der privilegierten Einlagen entsprechen.⁶⁰ Hierfür wurde das jährliche Aufsichtsreporting um ein neues Formular «Erhebung von privilegierten Einlagen und Kleinsteinalagen» (Formular AU008) ergänzt. Darin sind die Bilanzpositionen nach Art. 25 Abs. 1 Ziffer 2.3–2.5 BankV nach Einlagen beim Gesamtinstitut und bei

⁵⁵ Vgl. Art. 18 BankV

⁵⁶ Vgl. Art. 37h Abs. 3 Bst. c BankG

⁵⁷ Vgl. Ausführungen zu Art. 29a BEHV

⁵⁸ Vgl. die Übergangsfrist in den Schlussbestimmungen.

⁵⁹ Siehe EBK-RS 99/3; die Meldung hat innert 60 Tagen nach Abschluss des Geschäftsjahres zu erfolgen.

⁶⁰ Vgl. Art. 23 BKV

schweizerischen Geschäftsstellen sowie nach privilegierten Einlagen und Kleinsteinlagen⁶¹ aufzuschlüsseln.

Die Informationen über den Umfang sämtlicher Kleinsteinlagen der in- und ausländischen Geschäftsstellen sind insbesondere auch im Anfangsstadium einer Insolvenz der jeweiligen Bank selbst von Bedeutung. Die EBK respektive der von ihr Beauftragte kann so abschätzen, in welchem Umfang sofort zu befriedigende Kleinsteinlagen bestehen und ob nach Ergreifen von Massnahmen, die die Einlagensicherung auslösen⁶², der für jeden Kleinanleger vorgesehene Maximalbetrag von 5000 Franken allenfalls herabgesetzt werden muss.

Die Informationen zu den privilegierten Einlagen wie auch zu den Kleinsteinlagen sind aber auch zur provisorischen Berechnung der Beitragsverpflichtungen der einzelnen Banken, die gegenüber dem Träger der Einlagensicherung bestehen, von Bedeutung. Denn der vom Träger der Einlagensicherung bereitzustellende Betrag berechnet sich aus der Differenz dieser beiden Zahlen. Nur dank der Kenntnis dieser stets aktualisierten Zahlen können die zur Deckung der gesicherten Forderung ungefähr notwendigen Beträge rechtzeitig bei den einzelnen Banken eingefordert und bereitgestellt werden.

Die Banken müssen die zu meldenden Angaben grundsätzlich nicht publizieren. Besteht hingegen eine erhöhte Gefährdung der nicht privilegierten Forderungen, wie wenn beispielsweise die privilegierten Einlagen einen übermässig hohen Anteil ausmachen, kann die EBK in begründeten Fällen einzelne Banken zur Offenlegung in geeigneter Form anhalten.

⁶¹ Privilegierte Einlagen, die pro Einleger nicht mehr als 5000 Franken betragen.

⁶² Vgl. Art. 55 BankV

Art. 55 Mitteilungspflicht

Die Einlagensicherung wird einerseits durch die Eröffnung eines Bankkonkurses, andererseits aber auch durch die Anordnung von bestimmten Schutzmassnahmen ausgelöst.⁶³ Die Anordnung von Schutzmassnahmen löst die Einlagensicherung jedoch nur aus, wenn gleichzeitig auch eine Insolvenzgefahr besteht und die erfolgte Anordnung durch die Insolvenzbestimmungen begründet wird. Wird eine Massnahme ausserhalb der Insolvenzbestimmungen beispielsweise gestützt auf Art. 23^{ter} BankG angeordnet, wird dadurch die Einlagensicherung auch bei einer entsprechenden Publikation oder Mitteilung nicht ausgelöst.

Mit der Mitteilung an den Träger der Einlagensicherung teilt die EBK diesem auch die letzten gemeldeten Zahlen betreffend der Summe der privilegierten Einlagen sowie im Falle einer Konkursöffnung die Summe der nach Art. 37a BankG sofort auszuzahlenden Kleinsteinlagen mit. Dies ermöglicht dem Träger der Einlagensicherung rechtzeitig mit der Bereitstellung der Gelder für die Auszahlung der gesicherten Einlagen zu beginnen.

Ziel einer Sanierung ist es, dass die Bank ihre bewilligungspflichtige Tätigkeit unter bestmöglicher Befriedigung der Gläubigerforderungen weiterführen kann.⁶⁴ Dabei dürfen die einzelnen Gläubiger – und damit insbesondere die privilegierten – nicht schlechter gestellt werden als in einem Konkursverfahren. Die rasche Auszahlung einer Mehrheit

⁶³ Schutzmassnahmen in Form einer Beschränkung der Geschäftstätigkeit, einem Transaktionsverbot, einer Bankschliessung, einer Stundung oder einem Fälligkeitsschub (Art. 26 Abs. 1 Bst. e–h BankG).

⁶⁴ Siehe Botschaft zur Änderung Bankinsolvenzbestimmungen, BBl 2002 8085.

aller Kundengelder kann nun aber die Voraussetzung für die Weiterführung der Banktätigkeit markant erschweren. Deshalb kann die EBK die Mitteilung an den Träger der Einlagensicherung einstweilen unterlassen und damit den Fristbeginn aufschieben, wenn Aussicht auf Sanierung und eine baldige Aufhebung der angeordneten Schutzmassnahmen besteht, oder aber wenn die erfolgte Anordnung die privilegierten und über die Einlagensicherung gesicherten Einlagen unberührt lässt.

Art. 56 Frist

Die Frist zur Auszahlung der gesicherten Einlagen beträgt gemäss Art. 37h Abs. 3 Bst. a BankG drei Monate. Sie beginnt mit der Mitteilung an den Träger der Einlagensicherung (Art. 55) zu laufen. Die Mitteilung erfolgt durch die EBK.

Die Fristbeginn wird jedoch aufgeschoben, solange die Anordnung nicht vollstreckbar ist. Wird die ursprüngliche Vollstreckbarkeit nachträglich wieder aufgehoben, wird die Frist unterbrochen und beginnt mit erneuter Vollstreckbarkeit neu zu laufen.

Art. 57 Auszahlungsplan

Sobald die Einlagensicherung ausgelöst wurde, erstellt der von der EBK Beauftragte den Auszahlungsplan mit den privilegierten Einlagen. Der Beauftragte hat direkten Zugang zu den Büchern der Bank, weshalb der Auszahlungsplan nicht ohne seine Mitwirkung erfolgen kann. Es rechtfertigt sich daher, diese Aufgabe vollumfänglich dem Beauftragten zu übertragen.

Dem Beauftragten obliegt beim Erstellen des Auszahlungsplans jedoch keine Prüfungspflicht. Einerseits würde dies die Abwicklung zeitlich verzögern, andererseits erfolgt die genaue Prüfung der einzelnen Forderungen später im Rahmen der Kollokation.⁶⁵ Der Beauftragte ist jedoch in offensichtlichen Fällen angehalten, Forderungen nicht in den Auszahlungsplan aufzunehmen, wenn beispielsweise aus ihm vorliegenden Dokumenten hervorgeht, dass eine Forderung offensichtlich nicht (mehr) besteht, oder wenn offenkundig eine unzulässige Gläubigerbegünstigung vorliegt.

Im Bankenkursverfahren werden die sofort auszuzahlenden Kleinsteinlagen nach Art. 37a BankG im Auszahlungsplan nicht mehr berücksichtigt, soweit diese Einleger – sofern die notwendigen flüssigen Mittel vorhanden sind – bereits ausserhalb der Einlagensicherung befriedigt werden.

Der Beauftragte teilt dem Träger der Einlagensicherung den Gesamtbeitrag sämtlicher im Auszahlungsplan aufgenommenen privilegierten Einlagen mit. Dieser kann beim Beauftragten Einsicht in den detaillierten Auszahlungsplan verlangen.

Art. 58 Auszahlung der gesicherten Einlagen

Im Rahmen der Selbstregulierung hat der Träger der Einlagensicherung sicherzustellen, dass die einzelnen Banken ihren Beitragsverpflichtungen nachkommen und die für die Auszahlung der privilegierten Einlagen notwendigen Gelder rechtzeitig zur Verfügung stehen. Die Einzelheiten dieser Bereitsstellung haben die Banken und Effektenhändler in

⁶⁵ Vgl. Art. 24 BKV

ihrer neuen Einlegerschutzvereinbarung geregelt, die von der EBK genehmigt wurde.⁶⁶

Die Auszahlung der bereitgestellten Gelder erfolgt wiederum durch den Beauftragten. Dieser steht in engem Kontakt mit den Gläubigern und wird auch im Rahmen der Auszahlung der nicht gesicherten Einlagen von den einzelnen Gläubigern die notwendigen Angaben anfordern müssen.

Reichen die vom Träger der Einlagensicherung bereitgestellten Gelder nicht aus, alle im Auszahlungsplan ausgewiesenen privilegierten Forderungen zu befriedigen, erfolgt die Auszahlung grundsätzlich anteilmäßig. Der Träger der Einlagensicherung kann jedoch die Auszahlung an bestimmte Gläubiger oder Gläubigergruppen verweigern, wenn er der Ansicht ist, dass diesen kein gesichertes Privileg zusteht. Der Beauftragte hat diese Instruktionen zu berücksichtigen. Immerhin ist aber davon auszugehen, dass der Beauftragte und der Träger der Einlagensicherung sich bei unklaren Fällen vorgängig über die Aufnahme in den Auszahlungsplan verständigen werden. Ist ein Gläubiger sodann der Meinung, er sei zu unrecht nicht in den Auszahlungsplan aufgenommen oder im Rahmen der Auszahlung nicht berücksichtigt worden, steht ihm ein zivilrechtlicher Anspruch gegenüber dem Träger der Einlagensicherung zu.⁶⁷

Art. 59 Anspruch der Einleger

Der Anspruch der privilegierten Einleger auf Auszahlung ihrer im Rahmen der Einlagensicherung gesicherten Einlagen besteht nicht gegen-

⁶⁶ Vgl. Art. 37h Abs. 2 BankG

⁶⁷ Vgl. Ausführungen zu Art. 58 BankV

über der Bank oder – nach erfolgter Konkursöffnung – gegenüber deren Konkursmasse, vertreten durch den Konkursliquidator, sondern stets und ausschliesslich gegenüber dem Träger der Einlagensicherung. Der Anspruch kann nach Ablauf der für die Auszahlung der privilegierten Einlagen vorgesehenen Frist von drei Monaten geltend gemacht werden.⁶⁸

Art. 62 Übergangsbestimmungen

Angaben über die privilegierten Einlagen liegen heute seitens der Banken noch nicht vor. Für deren Erhebung haben die Banken zunächst die notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Insbesondere werden Anpassungen im Informatikbereich notwendig sein. Hingegen soll die neue Einlagensicherung bereits per 1. Januar 2006 Inkrafttreten, was dem Schutzbedürfnis der Einleger an einer raschen Umsetzung von Art. 37h BankG entspricht.

Für die Periode bis zur ersten Anpassung per 1. Juli 2007 wird die EBK daher die einzelnen Beitragsverpflichtungen und die notwendige Zusatzliquidität aufgrund der per 2004 vorliegenden Zahlen aus den Bilanzpositionen 2.3–2.5 (Art. 25 Abs. 1 BankV) berechnen. Die Meldung der privilegierten Einlagen wird sodann erstmals für das Jahr 2006 erfolgen. Für das Jahr 2007 schliesslich wird die Revisionsstelle diese Zahlen erstmals prüfen.

Der EBK wird die Kompetenz erteilt, die Frist für die Meldung der privilegierten Einlagen um ein Jahr zu verlängern oder in begründeten Fällen einzelnen Banken eine Sonderregelung zu bewilligen.

⁶⁸ Vgl. Ausführungen zu Art. 55 BankV

Aufhebung der bisherigen Übergangs- und Schlussbestimmungen

Mit Ausnahme von Art. 63 Abs. 1 betreffend dem ursprünglichen Inkrafttreten der BankV sind sämtliche bestehenden Übergangs- und Schlussbestimmungen aufzuheben. Entweder sind die beim Erlass oder den verschiedenen Änderungen eingefügten Bestimmungen durch spätere Änderungen bereits obsolet geworden, oder die Übergangsfristen sind seit längerer Zeit abgelaufen.

b. Änderungen der Börsenverordnung

Art. 29a Einlagensicherung

Soweit Effekthändler Kundengelder halten, unterstehen sie bezüglich Einlagensicherung grundsätzlich den gleichen Bestimmungen wie die Banken. Insbesondere haben sie für ihre Beitragspflicht im Rahmen der Zusatzliquidität dauernd liquide Aktiven bereitzustellen, obwohl für sie im Übrigen keine Liquiditätsvorschriften gelten.

Es macht jedoch keinen Sinn, dass die Effekthändler einzig aufgrund des Zusatzliquiditätserfordernisses die für die Banken bestehenden Vorschriften für den Nachweis ihrer gesamten Liquidität erfüllen müssen. Hier rechtfertigt sich für die reinen Effekthändler eine vereinfachte Regelung. Die Revisionsstelle hat im Rahmen ihrer Revisionsstätigkeit zu überprüfen, ob die notwendige Zusatzliquidität vorhanden ist, und ihr Prüfungsergebnis im Revisionsbericht festzuhalten.

Faillite bancaire et garantie des dépôts

Rapport de la Commission fédérale des banques (CFB) sur son ordonnance sur la faillite bancaire du 30 juin 2005 (OFB) et sur les modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses concernant la mise en œuvre de la garantie des dépôts

Janvier 2006

Avant-propos

Ce rapport est pour l'essentiel basé sur celui du groupe de travail de la CFB sur la faillite bancaire ainsi que sur celui ayant trait aux modifications de l'ordonnance sur les banques concernant la garantie des dépôts. Ces deux rapports ont été publiés ensemble en avril 2005 en même temps que les deux projets d'ordonnance y relatifs. En raison des liens étroits existant entre ces rapports, ils ont été réunis ici.

Les cercles intéressés ont eu la possibilité de prendre position sur ces projets de réglementation jusqu'à fin mai 2005. Ils ont rencontré une large approbation. Les textes des ordonnances n'ont subi dès lors que peu de modifications. Celles-ci ont été prises en compte dans le présent rapport.

L'ordonnance sur la faillite bancaire est entrée en vigueur le 1^{er} août 2005. Les modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses en relation avec la mise en œuvre de la garantie des dépôts sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

Sommaire

Survol	202
I. Ordonnance sur la faillite bancaire (OFB)	205
1. Généralités	205
a. Cadre juridique	205
b. Groupe de travail	206
c. Procédure de consultation	207
d. Nécessité de la réglementation	208
e. Buts de la réglementation	211
f. Réglementation autonome	213
g. Conséquences pour les établissements surveillés	214
h. Particularités de l'ordonnance	214
2. Commentaire des articles individuels	217
a. Dispositions générales	217
b. Procédure	227
c. Actifs de la faillite	231
d. Passifs de la faillite	240
e. Réalisation	248
f. Distribution et clôture	252
g. Dispositions finales	259

II. Garantie des dépôts	259
1. Généralités	259
a. Situation initiale	259
b. Points essentiels de la nouvelle réglementation	260
c. Procédure de consultation	261
2. Commentaire des articles individuels	261
a. Modifications de l'ordonnance sur les banques	261
b. Modifications de l'ordonnance sur les bourses	269

Survol

Le 1^{er} juillet 2004, les nouvelles dispositions de la loi sur les banques portant sur l'assainissement et la faillite bancaires sont entrées en vigueur. Elles donnent à la Commission fédérale des banques la compétence exclusive de diriger les procédures ayant trait à l'insolvabilité bancaire. L'ordonnance de la CFB sur la faillite bancaire (OFB) concrétise une procédure de liquidation par voie de faillite taillée sur mesure pour les banques et les négociants soumis à la surveillance de la CFB.

Ses **buts** sont en particulier les suivants:

- *L'efficacité: La procédure de liquidation par voie de faillite bancaire est plus efficace en fournissant au liquidateur de faillite bancaire un instrument souple et adapté à la liquidation des établissements bancaires.*
- *La simplification: La procédure de liquidation ainsi que le rôle de surveillance dévolu à la Commission des banques sont simplifiés dans la mesure où l'activité du liquidateur de faillite bancaire est clairement définie, tout comme les différentes étapes de la liquidation.*
- *La sécurité du droit: La procédure est plus transparente et plus prévisible. Cette prévisibilité permet de réduire fortement les occasions de malentendus et de conflits d'interprétation entre tous les intervenants. La sécurité du droit en est ainsi renforcée.*
- *La différenciation: L'ordonnance permet une procédure souple, taillée à la mesure de chaque établissement à liquider.*

Les principales *particularités* ressortant de l'OFB sont les suivantes:

- Les créanciers sont mis sur un pied d'égalité quel que soit leur domicile en Suisse ou à l'étranger.
- De manière à respecter autant que possible le secret bancaire, la consultation des pièces est limitée aux personnes pouvant démontrer qu'elles sont directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires.
- Le liquidateur de la faillite jouit d'une grande liberté pour ce qui concerne la réalisation des actifs mais il n'a pas le pouvoir de rendre des décisions au sens de la PA. C'est la CFB qui se prononcera en cas de litige.
- La CFB peut renoncer à ce que les débiteurs de l'établissement en faillite annoncent leurs dettes au liquidateur de la faillite, si celles-ci ressortent clairement des livres de l'établissement.
- Certaines créances et prétentions de la masse que le liquidateur n'entend pas faire valoir en justice, peuvent non seulement être cédées aux créanciers selon l'art. 260 LP, mais également être réalisées.
- Des répartitions provisoires sont possibles dans tous les cas et sont décidées par la CFB sur proposition du liquidateur de faillite.
- La conservation des pièces, ainsi que leur destruction une fois les délais légaux de conservation écoulés, ressortissent à la CFB.

L'OFB n'implique aucunement pour les banques et les négociants l'assimilation ou l'intégration de nouvelles dispositions dès lors qu'elle s'adresse uniquement aux établissements surendettés qui doivent être liquidés. Ainsi, au-

cun nouveau coût n'est engendré pour les établissements du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en matière d'insolvabilité bancaire, le 1^{er} juillet 2004, toutes les banques et tous les négociants en valeurs mobilières sont tenus de par la loi de garantir les dépôts privilégiés dans le cadre de l'autoréglementation.

Il est apparu au cours de l'élaboration de la Convention relative à la garantie des dépôts qu'une partie des questions se posant en relation avec la garantie des dépôts ne concernait pas seulement les banques et les négociants en valeurs mobilières mais que les mandataires désignés et surveillés par la CFB, ainsi que les créanciers privilégiés, devaient également y être associés. Ces questions ne pouvaient être résolues de manière satisfaisante ni suffisamment contraignante pour tous les destinataires concernés au moyen de l'autoréglementation seule. C'est pourquoi une réglementation au niveau d'une ordonnance était nécessaire pour les régler. Compte tenu de ce qui précède, la tâche restante à l'autorégulation était principalement d'assurer la mise à disposition des moyens nécessaires dans les délais légaux.

I. Ordonnance sur la faillite bancaire (OFB)

1. Généralités

a. Cadre juridique

Les nouvelles dispositions de la LB ayant trait à l'insolvabilité bancaire sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2004. Elles permettent une meilleure harmonisation des régimes de la surveillance, de l'assainissement et de la liquidation de banques et de négociants en valeurs mobilières¹. La CFB est devenue la seule autorité compétente pour tout ce qui a trait à l'insolvabilité bancaire. Une procédure d'assainissement souple est désormais possible en cas de risque d'insolvabilité à condition de présenter des chances de succès suffisantes. Si tel n'est pas le cas, la faillite bancaire est prononcée. Cette dernière est soumise à une procédure simple et rapide.

Selon le nouvel art. 34 al. 1 LB, la décision de faillite prise par la CFB déploie les effets de l'ouverture de la faillite au sens des art. 197 à 220 LP. En outre, l'art. 34 al. 2 LB prévoit que la liquidation d'un établissement insolvable est effectuée selon les règles prescrites aux art. 221 à 270 LP, sous réserve des dispositions contraires de la LB. Ainsi, les dispositions de la LP régissent non seulement les effets de la faillite bancaire mais également la procédure de liquidation qui s'en suit.

Les règles de la LP auxquelles renvoie l'art. 34 al. 2 LB ne semblent cependant pas toujours adaptées à la liquidation d'un établissement bancaire. D'une part, les nouvelles dispositions de la LB tendent à mettre

¹ Les dispositions de la LB sur l'insolvabilité bancaire s'appliquent aux négociants en valeurs mobilières par renvoi de l'art 36a LBVM.

en place une procédure de liquidation plus rapide et protégeant plus particulièrement les petits épargnants. D'autre part, le liquidateur de la faillite bancaire ne dispose pas des mêmes compétences, en particulier décisionnelles, qu'un office des faillites ou qu'une administration spéciale au sens de la LP. C'est pourquoi l'art. 34 al. 3 LB autorise la CFB à prendre des décisions et des mesures dérogeant aux règles de la LP, ceci non seulement dans un cas particulier sous forme de décision, mais également de manière générale et abstraite, sous la forme d'une ordonnance².

Aussi, la CFB a-t-elle décidé, le 30 juin 2004, de la mise en place d'un groupe de travail devant élaborer un projet d'ordonnance sur la procédure de faillite bancaire en privilégiant, si l'utilité s'en faisait ressentir, une réglementation autonome et exhaustive.

b. Groupe de travail

Le groupe de travail s'est réuni à cinq reprises entre août 2004 et février 2005. Il était constitué des personnes suivantes:

- Dominik Gasser, adjoint scientifique, Office fédéral de la justice;
- Dr Renate Schwob, membre du comité exécutif, Association suisse des banquiers;
- Dr Alexander Vollmar, associé, Ernst & Young;
- Prof. Dr Fridolin Walther, Etude Gubler Walther Leuch;

² FF 2002 7509.

- Dr Urs Zulauf (présidence), vice-directeur, CFB;
- Daniel Roth, responsable insolvabilité bancaire et assujettissement, CFB;
- Serge Husmann, collaborateur du service juridique, CFB.

c. Procédure de consultation

En avril 2005, la CFB a publié le rapport du groupe de travail et a invité, dans le cadre d'une procédure de consultation, tous les cercles intéressés à prendre position sur le projet. Celui-ci, comme le rapport ayant trait aux modifications de l'ordonnance sur les banques, a rencontré une large approbation. Les commentaires ou propositions de modifications n'ont porté que sur des dispositions individuelles. Sur cette base, l'ordonnance a été précisée et adaptée en particulier sur les points suivants:

- La description des dépôts privilégiés a été complétée. L'OFB précise les dépôts qui sont privilégiés sur la base de l'art. 37b LB uniquement, comme par exemple, les obligations de caisse déposées auprès d'une banque au nom du déposant. L'introduction de nouvelles prétentions privilégiées a en revanche été rejetée. Outre la question de l'opportunité d'étendre le nombre de privilèges, une base légale faisait défaut.
- La publication des communications à l'intention des créanciers a été précisée dans le sens où ce n'est pas son contenu qui est publié mais le fait qu'une telle communication a été adressée aux créanciers. Ainsi, les créanciers qui ne l'ont pas reçue ont la possibilité

de la demander au liquidateur de la faillite et de faire valoir leurs droits.

- Pour ce qui concerne la consultation des pièces, il a été rappelé que le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM devait être préservé autant que possible. Une restriction plus importante a en revanche été rejetée. Elle aurait en effet empêché les créanciers et les autres intéressés de faire valoir leurs droits dans une mesure suffisante.
- Lorsque, dans le cadre d'une procédure de faillite, une commission de surveillance est nommée par la CFB, l'organisme de garantie des dépôts pourra prétendre à obtenir un siège, s'il a remboursé toutefois dans une mesure importante les dépôts privilégiés selon l'art. 37h LB.
- L'ordre de remboursement des dettes de la masse a également connu une modification eu égard à la jurisprudence en matière de faillite selon la LP.

La version actuelle de l'OFB a été acceptée le 30 juin 2005 par la CFB et est entrée en force le 1^{er} août 2005.

d. Nécessité de la réglementation

Les nouvelles dispositions de la LB sur la faillite bancaire permettent d'adapter cette procédure aux particularités du domaine financier. Toutefois, seuls les principes régissant la faillite bancaire ont été inscrits dans la loi. Pour ce qui concerne la procédure, un renvoi général à la LP a été prévu (art. 34 al. 2 LB). Ce renvoi ne permet toutefois pas de sa-

tisfaire aux besoins spécifiques de la liquidation d'un établissement bancaire. Ces besoins découlent du fait que la faillite introduite par les nouvelles dispositions de la LB est fortement différente de celle de la LP. Ces différences tendent à démontrer la nécessité d'une réglementation propre à la procédure de faillite des établissements soumis à la surveillance de la CFB. Elles sont notamment les suivantes:

- Le secret professionnel au sens des art. 47 LB et 43 LBVM (secret bancaire) doit être préservé autant que possible dans le cadre de la liquidation. La consultation des pièces doit donc être limitée au minimum permettant aux créanciers et aux autres personnes directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires de faire valoir leurs droits³.
- La procédure de faillite selon la LB tend à être particulièrement rapide de manière à permettre aux déposants de récupérer la part (dépendant du dividende) leur revenant le plus vite possible. Le pendant de cette efficacité est la diminution des possibilités d'intervention des créanciers, qui ne peuvent recourir, sous réserve de l'action en contestation de l'état de collocation, que contre les opérations de réalisation⁴.
- Le nombre de créanciers d'un établissement bancaire est de plusieurs centaines au minimum, dont une part importante à l'étranger, ce qui induit des difficultés particulières lors de la liquidation, notamment au niveau de la communication des informations et des prises de décisions.

³ Ainsi, par exemple, les créanciers ne peuvent consulter l'état de collocation que dans la mesure nécessaire à la sauvegarde de leurs droits de créanciers (art. 36 al. 2 LB) et le tableau de distribution n'est pas déposé au terme de la procédure de liquidation (art. 37e al. 1 LB).

⁴ Art. 24 al. 2 LB.

- Contrairement à un office des faillites ou à une administration spéciale de la faillite au sens de la LP, le liquidateur de faillite bancaire n'est pas une autorité. Ainsi, il ne peut rendre de décisions sujettes à recours, au sens de la loi fédérale sur la procédure administrative.
- La CFB est à la fois juge de la faillite bancaire et autorité de surveillance du liquidateur. Elle prononce la faillite bancaire à la place des juridictions cantonales jusqu'alors compétentes puis elle surveille le bon déroulement de la liquidation en prenant les décisions nécessaires jusqu'à la clôture de la faillite bancaire, et même au-delà pour ce qui concerne notamment la conservation des pièces.
- Une assemblée des créanciers n'a lieu que si le liquidateur de la faillite bancaire l'estime opportun. Si tel est le cas, ce dernier devra requérir de la CFB qu'elle décide dans quelle mesure des compétences lui sont attribuées. Il en va de même pour ce qui concerne la commission de surveillance.
- Les créances inscrites dans les livres de la banque sont réputées avoir été produites⁵. Il n'est donc pas nécessaire pour les créanciers concernés, c'est-à-dire la très grande majorité d'entre eux, de produire à nouveau. Ainsi, ceux qui n'auront pas eu connaissance de la procédure de faillite, par exemple parce qu'ils sont domiciliés à l'étranger, seront néanmoins automatiquement colloqués.
- Tous les dépôts qui ne sont pas libellés au porteur sont attribués, jusqu'à concurrence de 30 000 francs par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219 al. 4 LP⁶. Ce privilège est en outre assuré, dans

⁵ Art. 36 al. 1 LB.

⁶ Art. 37b LB.

la mesure où il s'agit de créanciers d'un établissement autorisé en Suisse, par un système de garantie obligatoire pour toutes les banques et tous les négociants en valeurs mobilières⁷.

- Les dépôts jusqu'à 5000 francs au plus seront désintéressés hors collocation aussi rapidement que possible, toute compensation étant par ailleurs exclue. Après remboursement, ces créanciers ne participeront plus à la procédure de faillite.

e. Buts de la réglementation

Les buts de l'ordonnance sur la faillite bancaire sont les suivants:

- **L'efficacité:** S'il était demandé au liquidateur de faillite bancaire de mener une procédure de liquidation rapide, il ne disposait toutefois pas jusqu'ici d'un outil satisfaisant pour y parvenir. Le liquidateur de faillite bancaire devait se mouvoir dans le cadre relativement rigide de la LP, qui ne tient pas compte des particularités de l'activité d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières. Le but de l'ordonnance est de rendre la liquidation plus efficace en fournissant au liquidateur de faillite bancaire un instrument souple et adapté à la liquidation des établissements bancaires et des négociants.
- **La simplification:** Une réglementation spécifique et adaptée permet d'une part de simplifier la procédure en ne retenant que les étapes essentielles à une liquidation efficace, d'autre part également, de simplifier les tâches de surveillance dévolues à la CFB dans la mesure où l'activité du liquidateur de faillite est clairement définie tout

⁷ Art. 37h LB; voir chapitre II Garantie des dépôts.

comme les différentes étapes de la liquidation. Les risques de responsabilité pour le liquidateur de la faillite et pour la Confédération sont ainsi également diminués.

- **La sécurité du droit:** Les droits des créanciers sont définis dans la LB mais la manière dont ils peuvent les faire valoir méritait d'être précisée. Il en allait ainsi en particulier de la possibilité de contester les actes du liquidateur de la faillite. Une ordonnance spécifique à la faillite bancaire permet une procédure plus transparente, partant plus prévisible. Cette prévisibilité diminue fortement les occasions de malentendus et de conflits d'interprétation entre tous les intervenants et accélère d'autant la liquidation. La sécurité du droit en est renforcée.
- **La différenciation:** L'ordonnance permet une procédure souple et adaptée à chaque établissement à liquider. Selon le nombre de créanciers et selon la grandeur de l'établissement à liquider, une assemblée des créanciers ou une commission de surveillance sera ou non désignée. L'ampleur des compétences qui leur seront attribuées dépendra des besoins.

Ces différents buts n'auraient pas pu être atteints aussi efficacement par d'autres moyens qu'une réglementation autonome. Une pratique jurisprudentielle développée par la CFB au gré des procédures de liquidation n'aurait pu répondre ni aux besoins de simplification et d'efficacité des liquidateurs de faillite ni aux exigences de transparence des créanciers. Une telle pratique aurait en outre eu l'inconvénient de devoir faire attendre toutes les personnes intéressées durant de nombreuses années avant qu'elles ne puissent disposer d'un panorama suffisant sur la procédure de liquidation, de surcroît, sans garantie qu'une

décision prise précédemment puisse s'appliquer dans le cas concret qui les concerne.

f. Réglementation autonome

L'OFB règle et précise, en complément aux art. 33 à 37g LB, de manière exhaustive et indépendamment des règles de la LP, la manière dont la liquidation d'un établissement soumis à la surveillance de la CFB se déroule, depuis le prononcé de la faillite jusqu'à sa clôture et même au-delà, pour ce qui concerne par exemple la conservation des pièces. Une réglementation exhaustive et autonome n'empêche toutefois pas la référence à d'autres dispositions légales. Pour éviter des répétitions inutiles sur des points qui ne sont pas spécifiques à la faillite bancaire et qui ne nécessitent donc pas une adaptation particulière, l'OFB renvoie parfois également aux règles contenues dans la LP.

L'avantage d'une réglementation qui n'aurait traité qu'exclusivement des points qui nécessitaient une précision ou une modification par rapport aux règles de la LP aurait principalement résidé dans l'absence de répétitions et dans l'établissement d'une ordonnance plus sommaire. En revanche, cette manière de faire aurait comporté l'important inconvénient pour les praticiens de devoir constamment jongler avec deux textes de loi. Il leur aurait fallu, pour chaque disposition de la LP, vérifier si son alter ego bancaire existait ou non dans l'ordonnance, avant de vérifier le cas échéant, comment les différentes règles s'imbriquaient. Cet exercice n'aurait pas satisfait aux besoins de transparence et de simplification de la procédure. Il est ainsi apparu plus opportun d'établir une ordonnance autonome réglant, autant que faire se peut, de manière exhaustive la procédure de faillite bancaire, même si pour cela, certaines analogies ou répétitions avec la LP étaient inévitables.

g. Conséquences pour les établissements surveillés

Une nouvelle réglementation dans le domaine de la faillite bancaire n'implique pas pour les banques ou les négociants en valeurs mobilières l'assimilation de nouvelles dispositions. Hormis le système de garantie des dépôts, déjà introduit par la LB, et que l'ordonnance n'aborde pas, aucune adaptation ou mise en œuvre n'est nécessaire de leur part. En effet, les dispositions sur la faillite bancaire ne touchent les établissements qu'au stade ultime de leur vie économique, la liquidation devenant alors le but unique jusqu'à la radiation au registre du commerce. Dès lors, aucun coût n'est engendré pour les établissements du fait de l'élaboration d'une réglementation sur la procédure de faillite bancaire. Au contraire, une procédure de faillite adaptée ne peut que servir l'ensemble de la communauté financière en écartant efficacement les acteurs insolvables et en indemnisant rapidement leurs créanciers.

h. Particularités de l'ordonnance

Les principales particularités ressortant de l'OFB sont les suivantes:

- **Les créanciers sont mis sur un pied d'égalité** quel que soit leur domicile. Ils n'ont ainsi pas obligatoirement à faire élection de domicile en Suisse. Si leur adresse à l'étranger est connue, et pour autant qu'aucune élection de domicile en Suisse n'ait été effectuée, ils y recevront les communications du liquidateur de la faillite. C'est pourquoi, le point de départ des délais auxquels sont attachées des conséquences juridiques ne dépend pas de la réception desdites communications mais de leur publication dans la FOsc (art. 4 al. 2 et 3 OFB).

- **La consultation des pièces de la procédure est limitée** aux personnes qui peuvent démontrer qu'elles sont directement touchées dans leurs intérêts pécuniaires. Dans tous les cas, cette consultation peut être limitée temporairement par le liquidateur de la faillite, en fonction des besoins de la procédure. En outre, une déclaration d'utilisation limitée des informations obtenues (selon le principe de spécialité) peut être exigée, sous la menace des peines prévues aux art. 50 LB et 292 CP (art. 5 OFB).
- **Le liquidateur de la faillite n'ayant pas le pouvoir de rendre des décisions** au sens de la PA, les créanciers peuvent demander à la CFB de se prononcer s'ils s'estiment lésés dans leurs intérêts. Pourtant, ils n'acquiescent pas de ce fait la qualité de partie au sens de la PA (art. 6 OFB).
- **Le liquidateur de la faillite jouit d'une grande liberté** pour ce qui concerne la réalisation des actifs (art. 29 OFB). Toutefois, il doit établir régulièrement un plan des réalisations, qui informe les créanciers sur la manière dont il entend réaliser les actifs. Les créanciers peuvent, s'ils entendent contester le plan des réalisations, demander à la CFB une décision sujette à recours (art. 7 OFB). Les actifs qui se déprécient rapidement, qui génèrent des coûts administratifs élevés, qui peuvent être négociés sur un marché représentatif ou qui ont peu de valeur peuvent être vendus sans délai hors du plan des réalisations (art. 29 al. 3 OFB).
- La CFB peut renoncer à ce que les **débiteurs** de l'établissement en faillite n'annoncent leurs dettes au liquidateur de la faillite si celles-ci ressortent clairement des livres de l'établissement (art. 17 OFB).

- Certaines **créances et prétentions de la masse** que le liquidateur n'entend pas poursuivre, peuvent non seulement être cédées aux créanciers selon l'art. 260 LP mais également être réalisées (art. 19 OFB). Il en va ainsi, par exemple, des portefeuilles de créances hypothécaires.
- S'il y a **solidarité entre plusieurs titulaires d'une même créance**, une part identique leur est attribuée dans le cadre de la liquidation de la faillite bancaire, sous réserve de compensation éventuelle (art. 22 al. 2 OFB).
- Des **répartitions provisoires** sont possibles dans tous les cas et sont décidées par la CFB sur proposition du liquidateur de la faillite (art. 33 al. 1 OFB).
- Un **acte de défaut de biens n'est pas forcément distribué** à la fin de la procédure de liquidation. Le cas échéant, il sera remis contre le paiement d'une taxe (art. 35 OFB).
- La **conservation des pièces** est de la compétence de la CFB, que ce soit après la liquidation proprement dite ou après la suspension de la faillite bancaire faute d'actif. La CFB veille également à leur destruction une fois les délais légaux de conservation écoulés (art. 36 OFB).
- Si de **nouveaux actifs** sont découverts dans un délai de 10 ans après la clôture de la faillite bancaire, la CFB peut nommer à nouveau un liquidateur qui sera chargé de leur réalisation et répartition. Il en va de même des actifs qui n'ont pas pu être distribués, sous réserve d'autres dispositions légales spéciales, comme par exemple, du projet de loi fédérale sur les fonds en déshérence (art. 37 OFB).

Cela étant, toutes les étapes de la procédure de liquidation par voie de faillite ont été adaptées aux particularités du domaine bancaire.

2. Commentaire des articles individuels

a. Dispositions générales

Art. 1 Objet

Les principes généraux de la procédure de faillite bancaire sont réglés aux art. 33 à 37g LB. L'art. 34 LB renvoie aux art. 197 à 270 LP pour ce qui a trait aux effets de la faillite, sous réserve d'une réglementation différente de la CFB. En raison des problématiques propres au domaine bancaire, du grand nombre de créanciers ainsi que des compétences décisionnelles différentes⁸, une application des dispositions de procédure de la LP pose, d'une part, des problèmes de délimitation et de compétence et n'est, d'autre part, pas adaptée aux besoins propres de la faillite bancaire.

Art. 2 Champ d'application

La procédure de faillite bancaire s'applique aux établissements bancaires ainsi qu'aux négociants en valeurs mobilières par le renvoi de l'art. 36a LBVM, soit dans les deux cas aux établissements soumis à la surveillance de la CFB.

⁸ FF 2002 7507.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹, la CFB a également le pouvoir de surveiller les personnes physiques ou morales dont l'assujettissement est litigieux. S'il en ressort qu'une activité bancaire ou de négociant au sens de la LB respectivement de la LBVM est effectuée sans autorisation, la CFB doit prendre les dispositions nécessaires, ce qui signifie en cas de danger d'insolvabilité, prononcer l'ouverture de la faillite¹⁰.

Art. 3 Universalité

La masse de la faillite bancaire ouverte en Suisse comprend tous les actifs en Suisse et à l'étranger. Ceci est expressément précisé en raison notamment des relations avec les autorités étrangères et de la reconnaissance de l'ouverture de la faillite par les tribunaux étrangers.

Il est d'autre part également souligné que les créanciers, quels que soit leur domicile ou leur nationalité, sont traités sur un pied d'égalité dans la faillite bancaire ouverte en Suisse. Cela est valable non seulement pour les créanciers de l'établissement principal en Suisse mais également pour ceux de la succursale, qu'elle se trouve en Suisse ou non.

Si la faillite d'une succursale active en Suisse d'un établissement étranger est ouverte, tous les créanciers en Suisse ou à l'étranger de la succursale sont autorisés à produire leurs créances et à faire valoir leurs droits. Ceci est également valable pour les succursales de fait, c'est-à-dire les personnes physiques ou morales qui exercent une activité sans autorisation adéquate et qui ont été inscrites au registre du commerce sur ordre de la CFB uniquement.

⁹ ATF 121 II 148 E. 3a; ATF du 17.06.1999 in Bulletin CFB 38/1999, p. 25 ss.

¹⁰ ATF 131 II 306, consid. 4.1.

Les biens de la succursale en Suisse ou à l'étranger qui sont liés à son activité commerciale sont à porter à son actif. C'est la réalité économique des relations qui fait foi pour en juger. S'il existe par exemple un compte de la succursale inscrite au registre du commerce uniquement ensuite de la faillite, et que ce compte est au nom de la banque principale à l'étranger, il doit néanmoins être comptabilisé comme actif de la masse de la succursale.

Art. 4 Publications

L'art. 35 LP relatif aux publications ne trouve pas application dans le cadre de la faillite bancaire faute de renvoi. Par ailleurs, les dispositions de la PA sur la publication ne sont pas adaptées pour les publications en relation avec la procédure de faillite bancaire. Par analogie avec l'art. 35 LP, les publications doivent avoir lieu dans la FOOSC. Elles font foi pour le calcul des délais et les conséquences juridiques qui y sont liées. En outre, une publication supplémentaire est effectuée sur le site Internet de la CFB¹¹.

Contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la procédure de faillite de la LP, tous les créanciers, et pas seulement ceux ayant leur domicile en Suisse ou y ayant élu domicile¹², doivent être informés du cours de la procédure de faillite bancaire, notamment recevoir les circulaires. Pour respecter l'égalité de traitement des créanciers en Suisse et à l'étranger, les communications leur sont adressées à tous, dans la mesure où leur adresse actuelle est connue. Les communications pourront également être transmises via leur adresse e-mail aux créanciers qui l'auront donnée à cette fin.

¹¹ <http://www.ebk.admin.ch/f/publik/insolvenz>.

¹² Voir art. 232 al. 2 ch. 6 LP.

L'envoi de ces communications a un caractère purement informatif. Il peut ainsi être renoncé à la preuve de la notification. Il pourrait sinon en résulter sur le plan international des difficultés ou du moins des retards selon les pays. C'est pourquoi, toutes les communications aux créanciers dont le contenu a des effets juridiques doivent également faire l'objet d'une publication officielle. Ainsi, si un créancier n'a pas reçu de communication, il pourra demander qu'on lui en adresse une pour qu'il puisse faire valoir ses droits. C'est la publication dans la FOSSC et non pas la communication au créancier qui fera foi pour les délais et les conséquences juridiques qui y sont liées. Ainsi, dans le cadre du respect de la sécurité du droit, il est également assuré que les conséquences juridiques attachées aux communications prennent effet en même temps pour tous les créanciers.

Art. 5 Consultation des pièces

Le secret de fonction¹³ (secret bancaire) doit également être assuré au mieux dans le cadre de la faillite bancaire. La consultation des pièces de la faillite n'est possible que dans la mesure où une personne peut rendre vraisemblable qu'elle est directement touchée par la faillite dans ses intérêts pécuniaires. La consultation des pièces ne peut être justifiée par d'autres intérêts. Le liquidateur de la faillite prend les mesures relatives à la consultation des pièces. Après la clôture de la faillite bancaire, c'est la CFB qui prend de telles décisions. Les demandes y relatives doivent donc à partir de ce moment-là lui être adressées directement.

¹³ Art. 47 LB et art. 43 LBVM.

Il peut être nécessaire, en particulier au début de la procédure de faillite, de ne pas autoriser toutes les personnes à consulter les pièces de la faillite, en particulier celles de la banque. De telles restrictions peuvent intervenir à certains stades de la procédure ou/et uniquement aux dépens de certaines personnes ou groupe de personnes. Il n'y a pas à être trop exigeant quant à la motivation à opposer aux créanciers et autres ayants droit désirant consulter les pièces de la faillite lorsque ceux-ci peuvent faire valoir leurs droits également plus tard dans la procédure.

En outre, les informations obtenues par la consultation des pièces ne peuvent être utilisées que pour la préservation des propres intérêts pécuniaires du consultant (principe de la spécialité). Le liquidateur de la faillite peut faire dépendre la consultation des pièces de la signature d'une déclaration y relative et l'assortir de menaces de sanctions pénales en cas de violation.

Art. 6 Dénonciation à la Commission des banques

La CFB a seule le pouvoir de rendre des décisions dans le cadre de la procédure de faillite bancaire. Les actes et les mesures du liquidateur de la faillite, de la commission de surveillance, de l'assemblée des créanciers, ou d'une personne mandatée par ceux-ci, ne sont pas des décisions au sens de la PA, partant ne sont pas sujets à recours. Leur marge de manœuvre ne s'en trouve pas pour autant fondamentalement réduite.

Selon l'art. 24 al. 2 LB, un droit de recours n'est ouvert aux créanciers, dans la procédure de faillite bancaire, que pour ce qui a trait aux opérations de réalisation. Dans la mesure où il n'y a pas de recours ouvert

pour le reste, les personnes touchées dans leurs intérêts peuvent néanmoins dénoncer les faits à la CFB. Si la CFB estime qu'une intervention de sa part est nécessaire, elle prendra les dispositions qu'elle jugera utile. Dans ce cadre-là, le dénonciateur n'a pourtant pas la qualité de partie. Il n'a par conséquent pas de droit à être informé des mesures décidées par la CFB. Cependant la CFB informera en règle générale et dans la mesure du possible le dénonciateur.

Art. 7 Recours contre les réalisations

Selon l'art. 24 al. 2 LB, les créanciers ont la possibilité de recourir contre les opérations de réalisation. Pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits, les créanciers doivent être informés des dites opérations de réalisation. Nonobstant le nombre élevé de créanciers, il importe que la procédure soit simple et rapide. C'est pourquoi, le liquidateur de la faillite doit informer de manière périodique les créanciers sur les opérations de réalisation projetées au moyen d'un plan des réalisations. En règle générale, il établira un plan des réalisations au moins une fois par année.

Si les créanciers ne sont pas d'accord avec une opération de réalisation telle que ressortant du plan des réalisations, ils ont la possibilité de demander à la CFB, dans un délai à fixer par le liquidateur de la faillite, une décision sujette à recours. Dans la mesure où une opération de réalisation ou ses modalités n'ont pas été contestées dans le cadre du plan des réalisations, elles ne peuvent plus être attaquées par la suite. Il doit ainsi être évité que des opérations de réalisation soient retardées au moment de leur exécution concrète. Par ailleurs, en raison du grand nombre de créanciers, il apparaît difficile de les tenir informés continuellement sur toutes les opérations de réalisations prévues.

Il peut être renoncé à obtenir l'acceptation d'une opération de réalisation au moyen de l'acceptation du plan des réalisations lorsqu'un bien peut être réalisé sans délai¹⁴. En règle générale, le liquidateur de la faillite informera également les créanciers sur les opérations de réalisation effectuées sans délai, dans le cadre d'une communication ultérieure.

Art. 8 For de la faillite

Contrairement au juge de la faillite de la LP, la CFB est compétente pour toutes les faillites bancaires quel que soit le for de la faillite en Suisse. En revanche, pour les recours et les procédures ordinaires relevant de la LP, comme par exemple, pour une revendication de tiers, une action paulienne (révocation) ou une action en contestation de l'état de collocation, les juges ordinaires au for de la faillite restent compétents également dans le cadre d'une procédure de faillite bancaire. Un for unique doit donc être déterminé pour ces procédures.

Le for de la faillite se trouve au siège de la banque ou de la succursale d'une banque étrangère conformément aux art. 46, respectivement 50 LP. Si la faillite d'une banque a déjà été prononcée à l'étranger, une procédure de reconnaissance pendante en Suisse ou qui a déjà abouti¹⁵ exclut qu'une autre procédure de faillite puisse être menée au for de la succursale.

Si plusieurs fors de la faillite sont possibles en Suisse, il ne peut être simplement renvoyé au for d'ouverture de la faillite pour la fixation de

¹⁴ Voir art. 29 al. 3 OFB.

¹⁵ Procédure de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère selon l'art. 166 ss LDIP; voir les commentaires relatifs à l'art. 10 OFB.

la compétence intercantonale des tribunaux ordinaires, en raison de la compétence de la CFB pour prononcer ladite ouverture. La CFB décide dans ce cas du for unique de faillite. Les créanciers en sont informés par la publication relative à l'ouverture de la faillite¹⁶.

Pour les personnes physiques, le for de la faillite se trouve au lieu de l'exploitation commerciale, c'est-à-dire au lieu où l'activité soumise à autorisation est pratiquée. La majorité des créanciers feront valoir contre de telles personnes des prétentions découlant de leur activité commerciale pour lesquelles il n'existe pas de rapport avec le domicile officiel. C'est pourquoi il est justifié de déroger à la règle de l'art. 46 LP dans ce cas.

Art. 9 Tâches du liquidateur de la faillite

L'administration de la masse en faillite ainsi que la gestion des affaires y relatives incombe au seul liquidateur de la faillite bancaire. Il doit veiller à la conservation des actifs ainsi qu'à leur meilleure réalisation possible. Il examine les prétentions contre les tiers qu'il peut, avec l'accord de la CFB, également faire valoir en justice au nom de la masse. Enfin, il examine également les passifs de la masse et décide de leur admission à l'état de collocation. Le liquidateur de la faillite représente la masse en faillite devant les autorités et les tribunaux.

Le liquidateur de la faillite a également la possibilité de faire appel à son tour à d'autres mandataires. Cela ressort notamment de l'art. 6 al. 1 OFB. La responsabilité pour tous les actes effectués reste celle du liquidateur de la faillite.

¹⁶ Art. 11 al. 2 OFB.

Le liquidateur de la faillite conduit la procédure avec célérité et organise son activité en conséquence. Les actes qui ne sont pas absolument nécessaires et qui prolongent inutilement la procédure de faillite sont en particulier à éviter.

Parmi les premières tâches du liquidateur de faillite bancaire figure, à côté de la conservation des actifs, l'activité en relation avec le paiement des dépôts garantis selon l'art. 37h LB. Le liquidateur de la faillite devra collaborer dans ce cadre-là avec l'organisme de garantie. C'est au liquidateur de la faillite qu'incombe en première ligne d'établir, aussi rapidement que possible, la liste des dépôts privilégiés selon l'art. 37b LB et 23 OFB qui ressortent des livres de la banque. S'il ne s'agit pas encore pour lui à ce stade de la procédure de vérifier l'existence et le montant de chaque créance ressortant des livres de la banque, il n'inscrira toutefois pas dans le plan de remboursement les créances qui de toute évidence apparaissent comme inexistantes ou les créances douteuses comme celles résultant d'avantages accordés à un créancier. Dans tous les cas, il en rendra attentif au moins l'organisme de garantie. La prétention de droit civil au remboursement du dépôt dont le déposant est titulaire selon l'art. 37h LB existe uniquement à l'encontre de l'organisme de garantie¹⁷.

Art. 10 Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures étrangères

L'art. 37g LB contient différentes règles spéciales relatives à la reconnaissance de décisions de faillite, de mesures de liquidation ou d'assainissement qui ont été prononcées à l'étranger contre des banques ou

¹⁷ Voir art. 59 OB.

d'autres établissements similaires. La CFB est la seule autorité compétente pour de telles décisions de reconnaissance.

L'art. 37g al. 4 LB renvoie à l'application subsidiaire des art. 166 ss LDIP, qui renvoient eux-mêmes de manière générale à la LP pour ce qui est des conséquences juridiques de la faillite. Sans disposition complémentaire il serait peu clair dans ce contexte si ce renvoi aux règles de la LP est également valable pour la procédure de faillite bancaire en cas de procédure forcée contre des banques ou d'autres établissements similaires. Il est ainsi clairement précisé que les règles de la procédure de faillite bancaire s'appliquent également ensuite de la procédure de reconnaissance d'une décision de faillite étrangère.

La CFB est la seule autorité compétente pour la reconnaissance d'une décision de faillite bancaire étrangère en Suisse. Le for de la faillite en Suisse n'a à cet égard pas d'influence sur sa compétence. Celui-ci doit toutefois être fixé pour déterminer la compétence intercantonale des tribunaux ordinaires. Selon l'art. 167 LDIP, le for de la faillite se trouve au lieu de situation des biens en Suisse, ce qui peut toutefois conduire en pratique à des difficultés lorsque le lieu où se trouvent les biens est difficilement déterminable ou lorsque ceux-ci se trouvent en des endroits différents. Il se justifie dès lors que la CFB détermine dans sa décision en suivant la règle de la LP un for unique de la faillite en Suisse au lieu où au moins une partie des biens se trouve ou est présumée se trouver.

Contrairement aux procédures de faillite de banques dont le siège est en Suisse ou de succursales suisses de banques étrangères, la procédure de reconnaissance d'une faillite prononcée à l'étranger ne comprend que les biens se trouvant en Suisse. Par ailleurs, seuls les créan-

ciers gagistes ainsi que ceux qui sont privilégiés participent à la procédure. Contrairement à l'art. 172 al. 1 let. b LDIP, la CFB peut également décider que les créanciers privilégiés dont le domicile est à l'étranger peuvent participer à la faillite comme les créanciers dont le domicile est en Suisse. Ceci sera généralement le cas compte tenu du principe d'égalité de traitement des créanciers suisses et étrangers¹⁸. La CFB publie le cercle des créanciers privilégiés en même temps que la décision de reconnaissance d'une faillite étrangère.

S'il reste un solde après le paiement des créanciers participant à la procédure en Suisse, celui-ci est versé à la masse en faillite à l'étranger. Les modalités ressortent des art. 173 et 174 LDIP auxquels renvoie l'art. 37g al. 4 LB.

b. Procédure

Art. 11 Publication et appel aux créanciers

Contrairement à la procédure de faillite de la LP où les autorités compétentes ne connaissent en général pas le failli, la CFB est au fait des relations et de la situation de l'établissement en faillite, que ce soit dans le cadre de la surveillance prudentielle d'un établissement autorisé ou des mesures prises contre un établissement actif sans autorisation. Il n'existe en outre, contrairement à la procédure de faillite de la LP, qu'un seul type de procédure de faillite bancaire. Il se justifie dès lors que la CFB publie l'ouverture de la faillite en même temps que l'appel aux créanciers et que la sommation à ceux qui ont des revendications à faire valoir. Par ailleurs, les débiteurs de l'établissement ainsi

¹⁸ Voir art. 3 OFB.

que ceux qui détiennent des biens qui lui appartiennent sont rappelés à leur obligation d'annonce auprès du liquidateur de la faillite et de mise à disposition de manière à ce que l'estimation desdits biens puisse être effectuée.

Les délais pour la production des créances ou pour annoncer des biens qui sont la propriété de l'établissement, comme les autres délais dans l'OFB, n'ont pas été fixés à l'avance. Cela permet d'adapter ces délais à chaque cas d'espèce, par exemple à la participation de créanciers ou d'autres personnes impliquées demeurant à l'étranger.

Les créances inscrites dans les livres de l'établissement n'ont, conformément à l'art. 36 al. 1 LB, pas besoin d'être produites. Elles doivent, comme les créances ressortant du registre foncier, être prises en compte. Elles sont décrites plus précisément à l'art. 24 OFB. La publication doit y faire référence. La publication doit également indiquer les groupes de débiteurs que la CFB a dispensés de s'annoncer parce que leur dette est inscrite dans les livres de l'établissement¹⁹.

Le liquidateur de la faillite n'est pas obligé d'adresser aux créanciers connus un exemplaire de la publication²⁰. Il lui est toutefois loisible de le faire, que ce soit à tous ou uniquement à quelques créanciers, dans la mesure où cela est utile à la collocation et à la vérification des créances. Cela peut être notamment indiqué pour les établissements qui n'étaient pas au bénéfice d'une autorisation de la CFB et que la documentation relative à la clientèle est lacunaire ou la comptabilité incomplète.

¹⁹ Voir art. 17 OFB.

²⁰ Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 233 LP.

Art. 12 Assemblée des créanciers

Une assemblée des créanciers n'a lieu que si les liquidateurs l'estiment opportun. Dans la mesure où il ne s'agit pas uniquement d'une réunion informative, ce qui peut parfois également être le cas, la CFB doit tout d'abord lui attribuer les compétences nécessaires à la prise de mesures. Le liquidateur fait à la CFB une proposition des compétences qui doivent être attribuées à l'assemblée des créanciers. La CFB en décide librement sans être liée par les propositions du liquidateur de la faillite.

Le liquidateur de la faillite n'est de son côté pas obligé de tenir une telle assemblée des créanciers après que les compétences aient effectivement été attribuées à cette dernière par la CFB. Il peut laisser les créanciers décider par voie de circulaire dans le cadre des compétences attribuées à l'assemblée des créanciers.

La CFB décide, également sur proposition du liquidateur de la faillite, du quorum des présences et des voix nécessaires à la prise de mesures par l'assemblée des créanciers. Elle n'est pas non plus liée par la proposition du liquidateur de la faillite. Le nombre des créances représentées et des voix nécessaires à l'acceptation d'une mesure doivent être pondérées différemment en fonction du nombre de créanciers et de leur importance respective. De manière à respecter les droits de tous les créanciers les quorums nécessaires doivent être déterminés de cas en cas.

Seuls les créanciers ou leur représentant peuvent participer à l'assemblée des créanciers et y faire valoir leurs droits. Contrairement à ce qui est le cas pour la première assemblée des créanciers dans la procédure

de faillite ordinaire de la LP, l'assemblée des créanciers dans la procédure de faillite bancaire n'a pas lieu sous la pression du temps. Lors d'une assemblée des créanciers dans le cadre d'une faillite bancaire, les créanciers sont en principe connus car celle-ci a lieu en général après l'appel aux créanciers. Il se justifie dès lors que le liquidateur de la faillite décide, en cas de doute sur l'admission d'une personne, sans autre formalité et sans qu'un bureau de l'assemblée ne doive être formé²¹.

Art. 13 Commission de surveillance

Seule la CFB peut désigner une commission de surveillance. Elle détermine librement sa composition et ses tâches. Le liquidateur de la faillite propose à la CFB la désignation d'une commission de surveillance ainsi que des membres qui pourraient en faire partie, dont le président. Il propose également les tâches qui peuvent lui être attribuées.

La désignation d'une commission de surveillance a lieu en fonction du cas d'espèce. Cela est également valable pour les tâches qui lui sont confiées ainsi que pour le choix de ses membres, de leur nombre et de leur compétence. La CFB détermine, en même temps que la désignation de la commission de surveillance, la procédure à suivre pour la prise de mesures ainsi que le quorum nécessaire en fonction des besoins et des particularités de chaque faillite.

La CFB veille à ce que les créanciers importants des différentes catégories de créanciers soient représentés. L'organisme de garantie des dé-

²¹ Voir art. 235 al. 2 LP.

pôts sera dès lors régulièrement représenté dans la mesure où il aura remboursé les dépôts dans une mesure conséquente. Le droit de l'organisme de garantie à l'obtention d'un siège est expressément mentionné.

L'indemnisation des membres de la commission est également décidée par la CFB. Comme pour l'indemnisation du liquidateur de la faillite, les règles de l'OELP ne trouvent pas application.

c. Actifs de la faillite

Art. 14 Prise d'inventaire

Le liquidateur de la faillite est compétent pour établir l'inventaire des actifs de la faillite. Pour ce qui concerne la procédure d'inventaire, il n'y a pas de raison de s'écarter des règles détaillées de la LP. Sous réserve de quelques dispositions spéciales, nécessaires en raison des particularités de la faillite bancaire, un renvoi général aux dispositions exhaustives des art. 221 à 229 LP est effectué.

Les valeurs déposées et distraites de la masse au sens de l'art. 37d LB sont mentionnées dans l'inventaire, contrairement aux règles y relatives de la LP. Leur estimation au moment de l'ouverture de la faillite bancaire est ici également la règle. Une distraction est en revanche exclue lorsque la banque fait valoir en compensation des prétentions comme des créances, ou des droits de gage ou de rétention. L'inventaire doit faire la mention des prétentions opposées en compensation qui sont en général des actifs dont le montant est calculable.

Le liquidateur de la faillite prend les mesures nécessaires à la conser-

vation des actifs. Dès lors que seule la CFB est compétente pour prendre des décisions dans le cadre de la faillite bancaire, le liquidateur de la faillite lui soumet de telles mesures.

Une fois l'inventaire établi, le liquidateur le soumet au banquier, ou, si le failli n'est pas une personne physique, à un organe de l'établissement choisi par les propriétaires avant l'intervention de la CFB. Celui-ci doit déclarer s'il reconnaît l'inventaire exact et complet. Le chargé d'enquête²² ou le délégué à l'assainissement²³ ne sont notamment pas considérés comme des organes de l'établissement choisis par les propriétaires avant l'intervention de la CFB.

Art. 15 Obligation de mise à disposition et d'annonce

Les biens qui sont la propriété de l'établissement et doivent par conséquent être considérés comme des actifs, doivent être annoncés au liquidateur de la faillite et tenus à sa disposition, dans la mesure où il ne s'agit pas de simples créances de la banque. Cela s'applique en particulier aux personnes qui détiennent des biens en qualité de créanciers gagistes. Sont également visés les gagistes qui sont en possession de biens de l'établissement en raison d'une cession ultérieure par le premier créancier gagiste²⁴.

Les dettes vis-à-vis de l'établissement doivent également être annoncées lorsque leurs débiteurs invoquent par ailleurs une compensation en tant que créancier. Le devoir d'annonce demeure lorsqu'il existe des prétentions en restitution dans le cadre de prêt de titres (Securities Lending and Borrowing²⁵).

²² Art. 23^{quater} LB.

²³ Art. 28 LB.

²⁴ Voir la règle générale de l'art. 887 CC et les conditions qualifiées des art. 17 LB et 33 OB.

²⁵ Voir pour les conditions de mise en œuvre le rapport de gestion CFB 2002, p. 45 s.

Si l'annonce ou la mise à disposition des biens n'est pas effectuée, les droits de préférence y relatifs, comme un droit de gage par exemple, peuvent s'éteindre. La perte d'un tel droit n'intervient, conformément à la pratique relative à l'art. 232 al. 2 ch. 4 LP, qu'en cas de comportement dolosif de celui qui doit effectuer l'annonce²⁶.

Art. 16 Exception à l'obligation de mise à disposition

Des exceptions à l'obligation de mise à disposition selon l'art. 15 de l'OFB nécessitent une base légale. Une telle base existe pour les titres et autres instruments financiers au sens de l'art. 27 al. 3 LB, lorsque ceux-ci (à titre de gage ou transmis en pleine propriété) font office de sûretés et que leur réalisation de gré à gré avait déjà été prévue au moment de leur constitution en tant que sûretés. En outre, ces biens doivent être négociés sur un marché représentatif, comme une bourse par exemple. Une disposition analogue est prévue dans le projet de loi sur les effets comptables²⁷.

La réalisation de gré à gré de tels biens s'effectue selon les conditions qui sont prévues dans l'accord conclu en matière de sûreté et peut intervenir de deux manières: par réalisation sur un marché représentatif ou par appropriation par le bénéficiaire des sûretés. Si le bénéficiaire des sûretés ne respecte pas les conditions de réalisation prévues dans l'accord conclu en matière de sûretés, il répond du dommage qui en résulterait pour la masse.

²⁶ ATF 71 III 87.

²⁷ Voir l'art. 25 du projet du groupe de travail sur la loi sur les effets comptables (<http://www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2004/12/bucheffekten.pdf>).

Bien que ces biens ne doivent pas être remis pour leur réalisation, ils doivent être annoncés au liquidateur de la faillite pour que celui-ci puisse les mentionner dans l'inventaire. Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit de réalisation des sûretés et verser à la masse en faillite la part du montant obtenu qui excéderait sa créance.

Art. 17 Exception à l'obligation d'annonce

Si l'octroi de crédits était l'une des activités de l'établissement, il faudra s'attendre à un grand nombre de débiteurs, qui ressortiront généralement des livres. Lorsqu'aucun doute n'existe sur les débiteurs qui ressortent des livres de l'établissement, une réglementation similaire à celle existant pour les créances des tiers ressortant des livres se justifie²⁸. La Commission des banques peut prévoir ainsi pour certaines sortes de créances de la banque, dont l'existence et le montant ont régulièrement été rappelés à leur débiteur par une attestation, qu'il peut être renoncé à leur annonce. Sont visés notamment les crédits hypothécaires ainsi que les petits crédits privés ou commerciaux. Une information y relative sera le cas échéant publiée en même temps que l'appel aux créanciers.

Art. 18 Revendication de tiers

Avec l'appel aux créanciers, les personnes qui ont des revendications à faire valoir sur des biens en possession de l'établissement sont sommées de les annoncer au liquidateur de la faillite. Même si les personnes concernées sont sommées de s'annoncer dans le délai prévu pour

²⁸ Art. 24 OFB.

les productions, les revendications qui interviennent jusqu'à la distribution des deniers obtenus par la réalisation des objets revendiqués doivent être traitées. C'est le liquidateur de la faillite qui décide du sort des revendications.

Si le liquidateur de la faillite considère qu'une revendication est fondée, il offre aux créanciers la possibilité de demander la cession du droit de la contester au sens de l'art. 260 LP. Si aucun créancier ne demande une telle cession, le bien est remis à celui qui le revendique.

Si le liquidateur de la faillite, ou les créanciers qui ont demandé la cession du droit de la contester, considèrent qu'une revendication n'est pas fondée, le liquidateur de la faillite fixe au revendiquant un délai pendant lequel celui-ci doit saisir le juge du for de la faillite de sa revendication. A défaut, il sera considéré comme y ayant renoncé. L'action doit être dirigée contre la masse en faillite ou, en cas de cession de droits, contre les créanciers qui l'ont demandée.

Si la cession du droit de contester la revendication a été demandée par des créanciers et que l'action engagée par le revendiquant n'a pas abouti ou a été abandonnée, le produit de réalisation du bien revendiqué sert à couvrir en priorité les créances des créanciers cessionnaires.

Art. 19 Créances, prétentions et révocations

Le liquidateur de la faillite examine les créances de l'établissement et procède à leur encaissement, si nécessaire par la voie des poursuites. Il examine également les prétentions de la masse en faillite sur les biens qui sont propriété de la masse mais qui se trouvent en possession d'un

tiers ou qui ont été sans droit et d'une manière révocable soustraite à la masse.

Si un assainissement ou une mesure protectrice selon l'art. 26 al. 1 let. e à h LB a précédé la faillite bancaire, le prononcé de la procédure d'assainissement ou de la mesure protectrice fait foi pour le départ des délais de révocation au sens des art. 286 à 288 LP. Cette prolongation du délai est analogue à ce qui est prévu par l'art. 331 LP dans le cadre de la procédure concordataire. Une disposition similaire s'applique également en cas de mesure protectrice prononcée avant un assainissement²⁹.

Si le liquidateur de la faillite bancaire entend faire valoir en justice les créances ou les revendications de l'établissement ou la révocation de certains actes juridiques au nom de la masse, il doit en demander l'autorisation préalable à la CFB. Il soumet à la CFB une proposition motivée. Le but de cette autorisation préalable est d'éviter que la masse en faillite ne soit engagée dans de longs procès dont le rapport entre coûts et résultat attendu ne soit, après analyse, que peu intéressant, ce surtout dans la mesure où la procédure de faillite est prolongée d'autant. Le liquidateur de la faillite doit discuter dans chaque cas des mesures à prendre avec la CFB.

Si le liquidateur de la faillite renonce à des prétentions parce qu'il estime qu'elles ne sont pas fondées, irrécupérables, qu'il est trop risqué de les faire valoir ou encore, parce que la CFB n'a pas donné son accord, deux possibilités s'offrent à lui: Il peut offrir la cession des prétentions aux créanciers au sens de l'art. 260 LP. Dans ce cas, la masse

²⁹ Art. 32 al. 3 LB.

peut rarement s'attendre à ce qu'un excédent lui soit versé après remboursement prioritaire des créanciers cessionnaires. C'est pourquoi, le liquidateur de la faillite a également la possibilité de vendre au mieux, selon l'art. 29 de l'OFB, les créances et prétentions que la masse a renoncé à faire valoir. La possibilité d'une telle réalisation est à examiner en particulier pour les créances qui peuvent être vendues en bloc à un autre établissement. Il peut être intéressant pour une autre banque d'acquérir un portefeuille de clients par exemple. Dans ce cas, le résultat peut également être plus intéressant pour la masse en faillite que si elle devait faire valoir elle-même de manière séparée chaque créance, outre le problème de l'exigibilité.

La réalisation (vente de gré à gré ou aux enchères publiques) de prétentions en matière de révocation³⁰ ou de responsabilité est exclue. Dans ce dernier cas, une réalisation serait contraire à la teneur de l'art. 757 CO du droit de la SA, auquel renvoie l'art. 39 LB.

Art. 20 Poursuite des procès

Les procès civils ou les procédures administratives en cours au moment de l'ouverture de la faillite, dans lesquels la banque est partie et qui touchent l'état de la masse, sont suspendus³¹. Dans la mesure où un procès touche les actifs de la masse en faillite, le liquidateur de la faillite doit juger des perspectives de succès ainsi que des chances de recouvrement en cas de gain de cause.

Le liquidateur de la faillite fait une proposition à la CFB quant à la poursuite des procès en cours. Si le procès n'est pas poursuivi par la

³⁰ Voir la disposition analogue de l'art. 256 al. 4 LP.

³¹ Voir art. 207 LP.

masse, le liquidateur de la faillite offre aux créanciers la possibilité de demander la cession des droits au sens de l'art. 260 LP.

Le liquidateur de la faillite doit informer les tribunaux ou les autorités administratives auprès desquels des procès sont suspendus si c'est la masse en faillite (représentée par le liquidateur de la faillite) ou des créanciers cessionnaires qui poursuivront le procès à la place de l'établissement en faillite ou si le procès ne sera pas poursuivi. Dans ce dernier cas, cela signifie la reconnaissance des prétentions de la partie adverse (passé-expédient), respectivement la renonciation des prétentions de l'établissement (désistement) avec suite de frais et dépens le cas échéant, étant précisé que ceux-ci ne doivent pas être considérés comme des dettes de masse.

Art. 21 Suspension faute d'actif

Après l'ouverture de la faillite, le liquidateur de la faillite a comme tâche prioritaire l'établissement de l'inventaire dans le but de déterminer notamment si les actifs permettent de couvrir les frais de liquidation. S'il constate que tel n'est pas le cas, le liquidateur doit alors proposer à la CFB de suspendre la faillite faute d'actif. Les actifs qui sont gagés ne doivent pas être pris en compte lors de cette évaluation dès lors que les droits de gage sont prioritaires même par rapport aux dettes de masse, conformément aux règles du droit civil ainsi qu'à l'art. 198 LP.

Si la CFB arrive à la conclusion que les coûts d'une procédure de liquidation ne peuvent être couverts, même en renonçant à des actes coûteux comme par exemple aux longs procès portant sur certains actifs, elle suspend la faillite faute d'actif et publie cette suspension. La publication mentionne que la procédure de liquidation sera clôturée si

aucun créancier ne fournit les sûretés nécessaires à la couverture des frais qui ne sont pas couverts par les actifs.

Si la faillite est définitivement suspendue faute d'actif, la CFB fixe un délai dans lequel les créanciers gagistes peuvent demander la réalisation de leur gage. De cette manière, les créanciers gagistes n'ont pas à introduire une poursuite en réalisation de gage pour le faire réaliser. En outre, cela leur permet de ne pas avoir à faire réinscrire une personne morale au registre foncier qui a été radiée ensuite de la suspension faute d'actif. La CFB fixera en général le délai aux créanciers gagistes pour demander la réalisation de leur gage dans la publication relative à la suspension faute d'actif. Contrairement à ce qui est prévu par l'art. 230a al. 2 LP, cette possibilité simplifiée de réalisation d'un gage n'est pas limitée à la faillite d'une personne morale.

La CFB mandate un liquidateur de faillite pour la réalisation d'un gage demandée par le créancier gagiste. Un office des poursuites ou des faillites peut également intervenir comme liquidateur de faillite dans ce cadre-là. La procédure se limite à la réalisation du gage et à la distribution du produit. Les dispositions de la procédure de faillite bancaire sont ici également applicables.

En cas de faillite d'une personne morale, la CFB ordonne la réalisation des biens qui existent encore après la suspension de la procédure et l'éventuelle réalisation des gages. La CFB peut mettre en œuvre un liquidateur de faillite pour ce faire. Si un actif est grevé de charges, un état des charges devra être réalisé conformément aux règles de la faillite bancaire. Un éventuel produit restant après paiement des coûts de réalisation et des charges grevant l'actif réalisé est versé à la Confédération pour la couverture des frais de la CFB. Une telle réalisation n'est

cependant pas effectuée s'il est prévisible que les coûts y afférents ne dépasseront pas le produit de réalisation.

En cas de faillite d'une personne physique (banquier), les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci. Indépendamment de son inscription au registre du commerce, cette personne peut également être poursuivie par voie de saisie pendant deux ans. Cette règle correspond à celle de l'art. 230 al. 3 et 4 LP, raison pour laquelle, il est possible d'y renvoyer.

d. Passifs de la faillite

Art. 22 Pluralité de créanciers

La main commune est à comprendre dans le sens où plusieurs créanciers sont titulaires d'une même créance et ne peuvent en disposer qu'en commun³². Aucun des créanciers en main commune ne peut disposer seul de la créance ni, du reste, de la part à laquelle il a droit. Les droits dont la main commune est titulaire constituent un patrimoine séparé. C'est pourquoi, la main commune doit être traitée comme un créancier distinct des ayants droit. Cela est également valable pour ce qui a trait au paiement des dépôts privilégiés selon l'art. 37h LB.

En revanche, lorsqu'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, notamment en cas de compte joint, chaque créancier peut disposer de l'ensemble de la créance. Dans ce cas, l'établissement peut également faire

³² Par exemple si les créanciers forment une hoirie au sens de l'art. 602 CC ou une société en nom collectif ou en commandite au sens des art. 552ss CO.

valoir en compensation, sauf accord contraire prévu³³, une créance qu'elle possède contre l'un des créanciers. En cas de faillite, les relations doivent être clarifiées, en particulier dans le cadre du calcul et du paiement rapide des dépôts privilégiés. Ainsi, s'il y a solidarité entre plusieurs créanciers, une part égale de la créance doit être attribuée à chacun d'eux, sans qu'il soit nécessaire de déterminer les relations internes existantes. Il va cependant de soi que les créanciers peuvent donner des instructions différentes au liquidateur de la faillite pour le paiement du dividende.

Art. 23 Dépôts privilégiés

Dans la faillite d'un établissement autorisé, les dépôts au sens de l'art. 37b LB sont privilégiés et colloqués en deuxième classe jusqu'à un montant maximum de CHF 30 000.– par créancier. Dans le cadre de ce privilège, ces créances sont également assurées selon l'art. 37h LB par le système de garantie des dépôts (jusqu'au montant maximum de CHF 4 milliards) dans la mesure où elles existent contre des établissements se trouvant en Suisse.

Chaque personne, physique ou morale, peut être titulaire d'une telle créance privilégiée. En revanche, toutes les créances contre une banque ne sont pas considérées comme des dépôts privilégiés. Sont seules comprises, les créances qui sont en rapport avec une activité commerciale bancaire ou de négociant en valeurs mobilières. Il s'agit des obligations de la banque qui apparaissent au bilan selon l'art. 25 al. 1 OB et qui sont comptabilisées, ou auraient dû l'être, sous les rubriques 2.3

³³ La renonciation à la compensation peut également intervenir de manière indirecte et limitée à une créance partielle, comme cela est le cas dans le cadre du système de garantie des dépôts au sens de l'art. 37h LB.

(engagements envers la clientèle sous forme d'épargne et de placements), 2.4 (autres engagements envers la clientèle), 2.5 (obligation de caisse).

Une limitation, déjà prévue par l'art. 37b LB, concerne les obligations de caisse selon la rubrique 2.5 du bilan. Sont privilégiées les obligations de caisse comptabilisées auprès de la banque émettrice dans le dépôt au nom du déposant que celles-ci aient été émises au porteur ou nominativement. En revanche, les obligations de caisse qui ne sont pas comptabilisées auprès de la banque émettrice ou qui se trouvent dans un coffre (safe) auprès de la banque émettrice ne sont pas considérées comme des dépôts.

Le privilège dont jouissent les dépôts selon l'art. 37b LB a pour but de protéger les avoirs des petits clients. Le système de garantie des dépôts poursuit le même but. C'est pourquoi les engagements envers les banques qui sont comptabilisés selon l'art. 25 al. 1 OB sous la rubrique 2.2 du bilan ne doivent pas être considérés comme des dépôts.

Ne sont ainsi pas compris les autres passifs de la banque comme les prétentions de bailleurs ou de délégataires pour certaines tâches administratives (services IT ou recouvrement) ou découlant de contrats de mandat ou de travail. S'agissant des employés, ceux-ci bénéficient d'un privilège encore plus élevé dès lors qu'ils sont colloqués en première classe. Ne sont pas non plus considérés comme des dépôts au sens de l'art. 37b LB, les obligations découlant d'emprunts.

Les créances libellées au porteur – à l'exception des obligations de caisse déposées auprès de la banque au nom du déposant dont il a été fait mention ci-dessus – ne sont pas des dépôts qui permettent d'obte-

nir un traitement privilégié parce qu'il est difficile d'en vérifier la titularité et par conséquent d'empêcher un traitement favorisant leur bénéficiaire par rapport aux autres créanciers. Les demandes d'indemnisation contractuelle ou extracontractuelle ne sont pas non plus considérées comme des dépôts. Il en va ainsi des prétentions découlant de la non restitution de valeurs déposées.

Les créances des fondations bancaires ou de libre passage sont traitées de manière particulière. Leurs créances sont considérées non pas comme les créances des fondations mais comme celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés, en raison des définitions contenues dans les dispositions réglant la prévoyance professionnelle³⁴. Le versement de ces créances s'effectue toutefois auprès de la fondation bancaire ou de libre passage. Si un preneur de prévoyance ou un assuré possède par ailleurs contre la banque d'autres créances qui peuvent être payées sans délai³⁵, le privilège de faillite est d'abord utilisé pour la couverture de ces créances. Ce principe est conforme au but poursuivi par la garantie des dépôts privilégiés qui est de permettre aux créanciers de disposer rapidement des liquidités qui pourraient leur manquer du fait de la faillite.

Art. 24 Vérification des créances

En cas de faillite bancaire, la grande majorité des créances n'a en règle générale pas à être produite. Les créances inscrites dans les livres ou au registre foncier³⁶ sont considérées en effet comme découlant de la loi.

³⁴ Voir art. 5 al. 2 OPP 3 (RS 831.461.3) et art. 19 al. 2 OLP (RS 831.425).

³⁵ Voir les raisons qui empêchent un paiement immédiat des prétentions selon l'art. 33 al. 4 OFB.

³⁶ L'art. 246 LP traite de façon analogue les créances inscrites au registre foncier qui sont admises avec l'intérêt courant.

Les créances inscrites dans les livres sont celles dont l'existence et le montant ont été régulièrement rappelés par l'établissement à son créancier par l'envoi d'un extrait ou d'une attestation.

Le liquidateur de la faillite examine toutes les créances. Il prend en considération toutes les pièces dont il dispose. Il peut demander aux créanciers de justifier plus avant leur créance et de lui remettre des moyens de preuve complémentaires. Il lui est également possible de se procurer des pièces dont il ne dispose pas encore, comme celles faisant partie d'une procédure pénale par exemple.

Indépendamment de l'appréciation subséquente du liquidateur de la faillite, les créances inscrites dans les livres sont présumées avoir été reconnues par l'établissement. Pour les créances qui ne sont pas inscrites dans les livres de l'établissement, le liquidateur de la faillite consulte le banquier, respectivement, s'il ne s'agit pas d'une personne physique, un organe nommé par les propriétaires de l'établissement avant l'intervention de la CFB, sur l'existence et le montant desdites créances. Les déclarations du banquier ou de l'organe sont utiles au liquidateur de la faillite pour l'appréciation de chaque production. Par ailleurs, elles ont également leur importance, comme d'ailleurs la présomption relative aux créances inscrites dans les livres, pour l'établissement de l'acte de défaut de biens pour les créances non couvertes en totalité³⁷.

Art. 25 Collocation

Il appartient au liquidateur de la faillite de décider de l'existence d'une créance, de son montant et de son rang et de la colloquer dans l'état de

³⁷ Voir pour les effets les commentaires relatifs à l'art. 35 OFB.

collocation. Les petits dépôts jusqu'à CHF 5000.– qui ont déjà été remboursés n'ont pas à être vérifiés ni à être colloqués³⁸. Les titulaires de ces créances sont exclus de la procédure du fait du remboursement de leur dépôt. Ils ne sont plus titulaires des droits appartenant aux créanciers.

Art. 26 Créances faisant l'objet d'un procès

Au moment de l'ouverture de la faillite, les procès (civils ou les procédures administratives) pendants en Suisse³⁹ qui touchent le passif de la banque (prétentions de créanciers) sont provisoirement suspendus, tout comme du reste les procès touchant l'actif⁴⁰. L'acceptation de telles prétentions devraient, si un procès n'était pendant, être appréciées dans le cadre de l'établissement de l'état de collocation. Jusqu'à l'issue de ces procès, dont la fonction tend à être celle d'un procès en contestation de l'état de collocation après l'ouverture de la faillite, les créances qui en sont l'objet sont à mentionner pour mémoire dans l'état de collocation.

Comme pour ce qui a trait aux autres créances, c'est le liquidateur de la faillite qui décide, sans l'intervention de la CFB, s'il reconnaît le bien-fondé des créances faisant l'objet d'un procès, partant renonce à poursuivre celui-ci. Si le liquidateur de la faillite renonce à poursuivre le procès, il donne la possibilité aux créanciers de demander la cession des droits selon l'art. 260 LP. Si le procès est poursuivi avec succès par des créanciers cessionnaires, le dividende qui aurait été attribué au créancier qui succombe est dévolu aux créanciers cessionnaires jusqu'à

³⁸ Art. 37a LB. Voir les commentaires ad art. 19 OB.

³⁹ ATF 7B.124/2004 du 12.11.2004.

⁴⁰ Voir l'art. 207 LP ainsi que les commentaires relatifs à l'art. 20 OFB.

concurrence de leur production ainsi que pour leurs frais de procédure. Un éventuel excédent revient à la masse en faillite au profit des autres créanciers.

Les créanciers ne peuvent plus attaquer par une action en contestation de l'état de collocation la créance qui a été admise définitivement après le procès. La collocation ne peut être contestée par un créancier qu'en se faisant céder les droits relatifs à la poursuite du procès dans les cas où le liquidateur de la faillite y a renoncé au nom de la masse.

Art. 27 Consultation de l'état de collocation

Le liquidateur donne la possibilité aux créanciers de consulter l'état de collocation lorsque celui-ci est établi. Il informe publiquement les créanciers de cette possibilité. Le liquidateur de la faillite fait mentionner dans la publication la date à partir de laquelle la consultation est possible, le lieu et la forme sous laquelle celle-ci peut intervenir. Il est ainsi envisageable que l'état de collocation ne soit pas matériellement disponible en un lieu précis mais consultable au moyen d'un média moderne, par exemple au moyen d'un mot de passe.

La consultation doit être offerte au minimum pendant 20 jours après la publication de la possibilité de consulter l'état de collocation. Ce délai correspond à celui qui est prévu pour contester la collocation de sa propre créance ou celle d'un autre créancier, par l'action en contestation de l'état de collocation⁴¹. Les règles générales relatives à la consultation des pièces de l'art. 5 de l'OFB (en particulier le principe de la spécialité) sont également valables pour ce qui est de la consultation

⁴¹ Voir l'art. 250 LP ainsi que les commentaires relatifs à l'art. 28 OFB.

de l'état de collocation. Dans la mesure où les conditions pour la consultation des pièces sont données, l'état de collocation peut également être consulté après le délai de 20 jours prévu.

Le liquidateur de la faillite informe chaque créancier dont la créance n'a pas été colloquée comme elle avait été produite ou comme elle était inscrite dans les livres de la banque ou au registre foncier, du rejet de sa production. La communication au créancier contient également une brève motivation du pourquoi du rejet de sa créance ou de son privilège (droit de gage ou rang). D'après les règles générales contenues à l'art. 4 OFB, la communication est adressée uniquement aux créanciers dont le nom et l'adresse actuelle sont connus.

Art. 28 Action en contestation de l'état de collocation

Les créanciers dont la production ou le privilège a été totalement ou en partie rejeté peuvent intenter une action en contestation de l'état de collocation contre la masse devant le juge ordinaire du for de la faillite. Les créanciers ont également le droit de contester devant le même juge la collocation d'un autre créancier. Dans la procédure de faillite bancaire, les conditions et les modalités d'une action en contestation de l'état de collocation ne sont pas différentes de celle découlant de la LP. Une telle action reste de la compétence du juge ordinaire compétent au for de la faillite. Il se justifie dès lors de renvoyer aux règles contenues à l'art. 250 LP.

La possibilité offerte par le liquidateur de la faillite de consulter l'état de collocation fait foi pour le départ du délai de 20 jours pour intenter l'action. Pour que le délai commence, il faut d'une part que la publication de la possibilité de consulter l'état de collocation ait été faite,

d'autre part, que la consultation soit effectivement possible que ce soit physiquement ou au moyen d'un média.

e. Réalisation

Art. 29 Mode de réalisation

Le but de la réalisation est de transformer au mieux les actifs de la faillite en liquidités. Cette tâche est de la compétence du liquidateur de la faillite. Il apparaît dès lors logique que celui-ci dispose d'une certaine liberté quant à la manière et au moment d'y procéder. La vente aux enchères publiques ne revêt pas ici une importance prépondérante contrairement à ce qui est le cas dans la procédure de faillite de la LP. La pratique a régulièrement démontré que les enchères publiques étaient souvent peu attractives et peu souples. Souvent, d'autres efforts actifs de vente, axés sur le meilleur moment possible, permettent d'obtenir un meilleur résultat.

Le liquidateur de la faillite donne connaissance aux créanciers des réalisations prévues ainsi que de la façon dont il entend procéder, au moyen du plan des réalisations qu'il établit de façon régulière. Les créanciers sont ainsi informés avant la réalisation projetée et peuvent en demander le contrôle par la CFB⁴². Le liquidateur de la faillite reste néanmoins toujours responsable de ses propres actes à l'égard des créanciers⁴³.

Les créanciers gagistes disposent d'un statut spécial. Leur gage peut être réalisé uniquement avec leur accord autrement qu'aux enchères

⁴² Voir art. 7 OFB.

⁴³ Voir l'art. 39 LB pour ce qui a trait notamment à la responsabilité des liquidateurs.

publiques. Contrairement aux autres modes de réalisation, les enchères publiques permettent également aux créanciers gagistes d'acquérir eux-mêmes l'objet de leur gage. Quel que soit pourtant le mode de réalisation choisi, le consentement du créancier gagiste n'est pas nécessaire, faute d'intérêt juridique suffisant, si le résultat prévu, après paiement des frais de réalisation, couvre entièrement la créance garantie par le gage.

En cas d'urgence dans le sens d'une possible diminution des actifs de la faillite à cause d'une dépréciation rapide de la valeur des biens ou de frais d'administration élevés, ceux-ci peuvent être réalisés sans délai et en particulier sans que cela ait été mentionné auparavant dans le plan des réalisations. Les biens qui sont négociés sur un marché représentatif peuvent également être vendus sans délai et sans mention dans le plan des réalisations. Il en va ainsi en particulier des papiers-valeurs qui peuvent être négociés à une bourse ou également d'autres valeurs comme les métaux précieux. Enfin, il peut être renoncé à une mention dans le plan des réalisations si les biens à réaliser n'ont pas de valeur significative. Il est difficile d'apprécier de manière abstraite la limite du montant dont il est question. La CFB devra en juger de cas en cas sur proposition du liquidateur de la faillite.

Art. 30 Enchères publiques

Les enchères publiques sont réglées de manière très détaillée dans la LP pour ce qui est de la faillite et de la réalisation de gages. En outre, une ordonnance du Tribunal fédéral, l'ORFI, existe pour ce qui concerne la réalisation des immeubles. Dans la mesure où les règles existantes relatives aux enchères publiques peuvent s'appliquer pratiquement sans exception, il n'y a pas de raison d'y déroger. Il se justifie

dès lors de renvoyer aux règles contenues aux art. 257 à 259 LP. En outre, il semble que les cas où le liquidateur de la faillite se décidera pour des enchères publiques resteront plutôt exceptionnels.

En cas de vente aux enchères publiques, le liquidateur de la faillite est responsable de la préparation, de la conduite ainsi que de l'exécution subséquente de celle-ci. Il lui appartient également de fixer le cas échéant un prix d'adjudication minimum pour les premières enchères au sens de l'art. 258 al. 2 LP.

Avant les enchères, le liquidateur publie la possibilité de consulter les conditions de vente. Cette consultation peut, comme pour l'état de collocation⁴⁴, intervenir par dépôt à un endroit particulier ou au moyen d'un média. Le liquidateur de la faillite peut également prévoir que la consultation aura lieu auprès d'un office des faillites ou des poursuites au lieu où se trouve l'objet à réaliser. L'office des faillites ou des poursuites en question a l'obligation d'offrir son assistance moyennant indemnisation selon l'OELP.

Art. 31 Cession des droits

Si les créanciers se sont fait céder des droits auxquels la masse avait renoncé (par décision du liquidateur de la faillite ou de la CFB), le liquidateur de la faillite établit une attestation dans laquelle il décrit plus précisément les conditions de la cession. Il y fixe le délai pendant lequel les créanciers cessionnaires doivent faire valoir en justice la prétention cédée. S'ils n'en font pas usage pendant ce délai, la cession est alors automatiquement caduque. Le délai est prolongeable mais il doit

⁴⁴ Voir les commentaires relatifs à l'art. 27 OFB.

être rendu vraisemblable qu'une solution extrajudiciaire a été recherchée sans désespérer et que celle-ci, ou une action en justice, est imminente.

Les créanciers cessionnaires informent sans délai le liquidateur de la faillite du résultat obtenu. Si le gain du procès ne résulte pas en une prétention en argent, il doit être remis au liquidateur de la faillite pour réalisation. Le solde obtenu après couverture des frais de réalisation est dévolu au paiement des frais de procédure puis des créances des créanciers cessionnaires. Un éventuel excédent revient à la masse en faillite et doit lui être versé par les créanciers cessionnaires. Après la clôture de la procédure de faillite, les communications relatives à la cession des droits doivent être adressées à la CFB qui prend les dispositions nécessaires.

La cession des droits aux créanciers dans la faillite bancaire a les mêmes effets que ceux de l'art. 260 al. 1 et 2 LP. Il se justifie dès lors de renvoyer à cette disposition qui est l'objet de surcroît d'une riche jurisprudence. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a établi un formulaire relatif à la cession des droits de la masse⁴⁵. Dans la mesure où il n'existe aucune disposition contraire au contenu de ce formulaire dans la faillite bancaire, la même formulation peut être utilisée pour l'attestation établie dans le cadre de la procédure de faillite bancaire. La CFB tient à disposition des liquidateurs de faillite un formulaire adapté à la procédure de faillite bancaire.

Si la masse en faillite renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun créancier n'en demande la cession, le liquidateur de la faillite, ou après

⁴⁵ Formulaire OAOF n° 7.

sa clôture la CFB, doit juger si une réalisation de la prétention peut et doit intervenir. Il en va de même lorsque la cession devient caduque après écoulement du délai pour la faire valoir. Une éventuelle réalisation peut intervenir sans formalité dès lors que les créanciers ont déjà renoncé à leurs droits concernant cette prétention.

f. Distribution et clôture

Art. 32 Dettes de la masse

Si les actifs encore disponibles ne couvrent plus les frais courants et les obligations de la masse en faillite, la procédure doit être suspendue faute d'actif si les créanciers ne fournissent pas de sûretés suffisantes⁴⁶. Dans le cas où les actifs ne suffisent pas à couvrir les dettes de la masse au moment de la clôture de la faillite ou lors de la suspension faute d'actif, l'ordre des paiements doit être déterminé.

La LP ne règle pas l'ordre de priorité du paiement des dettes de masse. Il est toutefois admis par la jurisprudence qu'un ordre de priorité existe parmi les dettes de masse⁴⁷. Il manque pourtant une claire délimitation, en particulier dans le cadre de la faillite bancaire. La LP ne contient pas non plus une liste exhaustive des dettes à considérer comme dettes de masse. Dans le cadre de la procédure de faillite bancaire, les différentes dettes de masse sont indiquées ainsi que l'ordre dans lequel celles-ci doivent être payées.

Les engagements qui selon l'art. 37 LB ont été pris durant la période d'exécution des mesures prévues à l'art. 26 al. 1 let. e à h LB sont ho-

⁴⁶ Voir art. 21 OFB.

⁴⁷ ATF 113 III 151.

norés en priorité. Ces mesures protectrices ont habituellement pour but de permettre à la banque de poursuivre son activité commerciale. Sans ce privilège, ce but ne pourrait pas être atteint car aucune personne connaissant la situation financière difficile de la banque ne serait prête à conclure de nouvelles affaires⁴⁸.

En deuxième sont couverts les engagements que la masse en faillite a dû contracter pendant la durée de la procédure. Il en va ainsi des loyers de locaux qui ne peuvent être débarrassés après la fin du contrat de bail. Les personnes auxquelles le liquidateur fait appel pour l'aider dans sa tâche comme des experts ou d'anciens collaborateurs de l'établissement en faillite engagés pour une mission particulière bénéficient du même rang de priorité. La masse en faillite ne rentrera en principe pas dans les contrats de travail existants.

En troisième, ce sont les frais de la procédure qui doivent être couverts. Il s'agit des honoraires et des frais du liquidateur de la faillite ou d'autres personnes mis en œuvre par la CFB pour la liquidation, comme également les coûts de l'ouverture de la faillite et de la procédure de liquidation.

Si les actifs suffisent à couvrir les dettes de masse susmentionnées, les engagements à l'encontre de tiers dépositaires relatifs aux dépôts doivent également être couverts. Le but est de permettre la rapide distraction des valeurs déposées en faveur des déposants.

⁴⁸ Voir la règle analogue de l'art. 310 al. 2 LP dans le cadre du sursis concordataire.

Art. 33 Distribution

Dans le cadre de la faillite bancaire, le liquidateur de la faillite a la possibilité de procéder à des répartitions provisoires. Les répartitions provisoires ne sont possibles qu'en faveur des créanciers dont la production a été admise définitivement. Outre les mêmes raisons pour lesquelles aucune distribution ne pourrait non plus intervenir à la fin de la procédure, aucune répartition provisoire n'est dès lors possible en faveur des productions qui font encore l'objet d'une action en contestation de l'état de collocation. En outre, une répartition provisoire ne peut intervenir que s'il est certain qu'elle est couverte par la valeur des actifs. Une répartition provisoire sera ainsi fréquente pour les créances privilégiées. Le tableau de distribution doit être avalisé par la CFB avant la répartition.

Aussitôt que le liquidateur de la faillite a effectué toutes les opérations de réalisation et que tous les procès touchant l'actif ou le passif de la masse dans lesquels celle-ci était partie sont finis, il établit le compte final ainsi que le tableau de distribution final des actifs nets à distribuer. Le liquidateur de la faillite n'a pas à prendre en compte les prétentions cédées aux créanciers selon l'art. 260 LP ou dont le sort n'a pas encore été fixé. Le tableau de distribution doit être soumis à l'approbation de la CFB avant la distribution. Le tableau de distribution n'est pas déposé⁴⁹.

Un paiement n'est pas non plus possible au moment de la clôture de la procédure, lorsque par exemple, ensuite d'une saisie ou d'une autre mesure de blocage par une autorité pénale, les titulaires d'une créance

⁴⁹ Art. 37e al. 1 LB.

ne sont pas encore définitivement connus. Aucun paiement ne doit non plus intervenir lorsque l'existence ou le montant d'une créance n'est pas définitivement fixé ou que celle-ci est soumise à une condition suspensive ou encore que le moment de son exigibilité n'est pas certain. Il en va ainsi en particulier des créances partiellement couvertes par des gages à l'étranger non encore réalisés⁵⁰ ou dont les ayants droit vont probablement partiellement être désintéressés dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée étrangère en relation avec la faillite de la banque⁵¹. Les créanciers qui sont également partie d'une procédure de faillite à l'étranger ne doivent pas être mieux traités que les créanciers de même rang qui ne participent qu'à la procédure de faillite en Suisse.

Art. 34 Rapport final et dépôt

Dans le rapport final, le liquidateur de la faillite doit résumer de manière sommaire les éléments et problèmes principaux de la procédure ainsi que les procès dans lesquels la masse en faillite était partie (demanderesse ou défenderesse). Sous réserve d'une demande expresse de la CFB dans des cas particuliers, il n'y a pas lieu de faire de présentation détaillée.

Le rapport final doit contenir par ailleurs toutes les informations qui pourront être utiles après la clôture de la procédure de faillite bancaire. Il en va ainsi notamment de toutes les cessions de droits aux créanciers qui sont encore valables. Le liquidateur de la faillite doit également faire état des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées distraites de la masse et qui n'ont pas encore été restituées, avec

⁵⁰ Voir la règle analogue de l'art. 62 OAOF.

⁵¹ Voir art. 37f al. 2 LB.

l'indication des motifs pour lesquels le versement ou la restitution n'a pas pu avoir lieu jusqu'ici.

La CFB adopte les mesures nécessaires quant à la consignation des dividendes non encore versés ainsi que des valeurs déposées non encore restituées. Elle publie la clôture de la faillite bancaire. Dès lors que le mandat du liquidateur de la faillite prend fin avec la clôture de la procédure de liquidation, c'est la CFB qui vérifie, par la suite, si les conditions des versements non encore effectués sont remplies et qui y procède, dans la mesure où cela n'a pas été délégué à un tiers.

Art. 35 Acte de défaut de biens

Tous les créanciers dont la créance n'a pas été intégralement remboursée dans le cadre de la procédure de faillite peuvent demander, pour la partie non couverte, un acte de défaut de biens. Celui-ci a les mêmes effets que l'acte de défaut de biens au sens de l'art. 265 LP.

Outre la part non couverte de la créance ainsi que le fondement de cette dernière, l'acte de défaut de biens doit mentionner si la banque a reconnu ou contesté la créance⁵². Dans le premier cas, l'acte de défaut de biens vaut comme reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP. Celui-ci a également son importance dans le cadre de la faillite de personnes morales, nonobstant leur radiation du registre du commerce, lorsqu'il s'agit de faire valoir des droits à l'encontre de tiers comme une caution, par exemple. A cet égard, une procédure de poursuite facilitée ne peut intervenir que si la créance principale fait l'objet d'une reconnaissance de dette (titre de mainlevée).

⁵² Voir les commentaires relatifs à l'art. 24 OFB pour ce qui est de la reconnaissance des créances.

L'acte de défaut de biens n'est établi, contre le paiement d'une contribution forfaitaire, que sur demande des créanciers. Le liquidateur de la faillite rend les créanciers attentifs à cette possibilité. Ce rappel intervient en règle générale dans le courrier relatif au versement du dividende prévisible, ou lorsqu'aucun dividende n'est versé, par une communication générale.

Art. 36 Conservation des pièces

La consultation des pièces doit demeurer possible après la clôture ou la suspension de la procédure de faillite bancaire. Comme le mandat du liquidateur de la faillite prend fin avec la clôture ou la suspension, la CFB doit prendre les dispositions nécessaires à la conservation des pièces de la faillite ainsi que des documents commerciaux pertinents ou dont l'obligation légale de conservation n'est pas encore échue. Les coûts inhérents à la conservation puis, par la suite, à la destruction des pièces doivent être déduits de la masse comme frais de liquidation avant le versement du dividende aux créanciers.

Les pièces de la faillite ainsi que les documents commerciaux subsistant doivent être conservés pendant 10 ans après la clôture de la faillite. Leur destruction intervient ensuite sur ordre de la CFB. Les dispositions spéciales en matière de conservation des pièces qui prévoient un délai plus long ou un lieu de conservation particulier demeurent réservées, comme par exemple pour ce qui a trait aux fonds en déséchéance.

Art. 37 Biens découverts ultérieurement et valeurs consignées

Les biens et les prétentions de l'établissement nouvellement découverts, qui n'ont jusqu'alors pas été inclus dans la masse sont réalisés conformément aux instructions de la CFB. En règle générale, elle mandatera l'ancien liquidateur de la faillite pour leur réalisation. Mais il est également possible qu'un office des poursuites ou des faillites s'en occupe. La réalisation se déroule selon les dispositions de la procédure de faillite bancaire. Une réalisation tardive par reprise de la procédure de faillite bancaire est limitée à une période de 10 ans après la clôture de la faillite.

Après la réalisation, la distribution du produit s'effectue en faveur des créanciers ayant subi une perte selon leur rang. Les actes de défaut de biens doivent être restitués et établis à nouveau après la nouvelle distribution. La distribution ne s'effectue qu'en faveur des créanciers dont les données nécessaires pour le paiement sont connues. Le liquidateur de la faillite peut publiquement inviter les créanciers à lui faire connaître leurs données actuelles dans un délai fixé en leur indiquant qu'à défaut ils seront exclus de la distribution.

Les valeurs consignées qui n'ont pas été retirées après un délai de 10 ans, sont réalisées comme les biens et les prétentions nouvellement découverts et distribuées aux créanciers selon leur rang. Les dividendes qui n'ont pu être distribués après un délai de 10 ans sont distribués de la même façon. Aucune réalisation et distribution n'a lieu si une disposition spéciale existe qui prévoit un délai plus long ou le versement centralisé des montants non distribués à une autorité, comme cela est prévu par le projet de loi sur les fonds en déshérence.

g. Dispositions finales

Art. 38 Entrée en vigueur

L'ordonnance sur la faillite bancaire s'applique à toutes les procédures de faillite bancaire ouvertes après son entrée en vigueur. Elle ne s'applique pas rétroactivement aux procédures de faillite bancaire ouvertes par la CFB avant ladite entrée en vigueur. La CFB peut cependant décider de cas en cas, se basant sur l'art. 34 al. 3 LB, que les dispositions de l'ordonnance sur la faillite bancaire s'appliquent par analogie à ces procédures de faillite à partir d'un certain stade.

II. Garantie des dépôts

1. Généralités

a. Situation initiale

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en matière d'insolvabilité bancaire, le 1^{er} juillet 2004, toutes les banques et tous les négociants en valeurs mobilières sont tenus de par la loi de garantir les dépôts privilégiés auprès de leurs comptoirs suisses. Cette garantie devait être effectuée autant que possible dans le cadre d'un système d'autoréglementation soumis à l'approbation de la CFB. Si aucune solution satisfaisante ne permettait d'atteindre par la voie de l'autorégulation la protection recherchée des dépôts privilégiés, une réglementation complémentaire devait être adoptée sous la forme d'une ordonnance⁵³.

⁵³ Cf. Message sur la modification des dispositions en matière d'insolvabilité bancaire, FF 2002 7489.

Il est apparu au cours de l'élaboration d'une convention relative à la garantie des dépôts par l'Association suisse des banquiers, qu'une partie des questions se posant en relation avec la garantie des dépôts ne concernait pas seulement les banques et les négociants en valeurs mobilières mais que les mandataires désignés et surveillés par la CFB, ainsi que les créanciers privilégiés, devaient également y être associés. Ces questions ne pouvaient être résolues de manière satisfaisante ni suffisamment contraignante pour tous les destinataires concernés au moyen de l'autoréglementation seule. C'est pourquoi une réglementation au niveau d'une ordonnance était nécessaire pour les régler.

b. Points essentiels de la nouvelle réglementation

Les règles élaborées dans le cadre de l'ordonnance sur les banques prévoient que le mandataire désigné par la CFB (liquidateur de la faillite, chargé d'enquête ou délégué à l'assainissement) est chargé de dresser sur la base des livres de la banque un plan de remboursement des dépôts privilégiés. Le mandataire sera ensuite également compétent pour le remboursement des dépôts garantis. Les prétentions civiles des déposants privilégiés n'existent par contre qu'à l'encontre de l'organisme de garantie des dépôts. Compte tenu de ce qui précède, la tâche restante à l'autorégulation est principalement d'assurer la mise à disposition des moyens nécessaires au remboursement dans les délais légaux.

Vu le renvoi général de l'article 36a LBVM, ce sont non seulement les dispositions sur l'insolvabilité bancaire qui sont applicables aux négociants en valeurs mobilières mais aussi celles sur la garantie des dépôts. Dès lors, lorsque des obligations à la charge des banques en relation avec la garantie des dépôts sont mentionnées, il faut toujours

comprendre que cela inclut également les négociants en valeurs mobilières, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas mentionnés séparément.

c. Procédure de consultation

Le projet de modification de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les bourses ayant trait à la garantie des dépôts a rencontré une large approbation lors de la procédure de consultation⁵⁴. Compte tenu du faible nombre de prises de position reçues, le projet a connu surtout de petites adaptations rédactionnelles. La seule modification matérielle qui soit intervenue est la compétence reçue par la CFB de pouvoir prolonger de manière exceptionnelle d'une année le délai pour la 1^{ère} communication de la somme des dépôts qui sont privilégiés, voire même de décider d'un régime spécial pour certaines banques. Le but reste toutefois d'obtenir de toutes les banques et de tous les négociants en valeurs mobilières la somme des dépôts privilégiés pour l'année 2006.

2. Commentaire des articles individuels

a. Modifications de l'ordonnance sur les banques

Art. 19 Liquidités complémentaires

La garantie des dépôts prévue dans la loi est limitée à un plafond de 4 milliards de francs. Les banques sont tenues de disposer en permanence des liquidités correspondant à la moitié de ce plafond⁵⁵ en plus

⁵⁴ Voir Chapitre I.1.c.

⁵⁵ Cf. art. 37h al. 3 let. c LB.

des autres prescriptions à remplir en matière de liquidités⁵⁶. Les liquidités doivent être mises à disposition sous la forme d'actifs disponibles non compensables, conformément à l'art. 16 OB. La disposition sur les liquidités complémentaires s'applique par ailleurs également aux négociants en valeurs mobilières qui, à part la garantie des dépôts, ne connaissent pas de règles en matière de liquidités⁵⁷.

Une clé de répartition est nécessaire aussi bien pour fixer la contribution à laquelle chaque banque serait tenue que pour le calcul des liquidités complémentaires. Elle est basée sur les dépôts privilégiés inscrits au bilan de chacune des banques⁵⁸. Le calcul proportionnel est effectué par la CFB. Celle-ci communique annuellement aux banques les liquidités complémentaires à garantir chaque fois dès le 1^{er} juillet.

Afin que la CFB puisse effectuer les calculs nécessaires, les banques doivent lui communiquer les données nécessaires dans le cadre de leur devoir d'annonce usuel (en particulier dans le cadre de leurs devoirs d'information préalable⁵⁹). Les données à annoncer concernent chaque position au passif du bilan qui correspond à la définition des dépôts privilégiés figurant dans l'ordonnance sur la faillite bancaire⁶⁰. A cette fin, le rapport de surveillance annuel a été complété par un nouveau formulaire AU008 «Annonce des dépôts privilégiés et des petits dépôts». Les rubriques 2.3–2.5 du bilan selon l'art. 25 al.1 OB doivent y être classées selon les dépôts totaux auprès de l'établissement et au-

⁵⁶ Cf. art. 18 OB.

⁵⁷ Cf. explications au sujet de l'art. 29a LBVM.

⁵⁸ Cf. délai transitoire dans les dispositions finales.

⁵⁹ Cf. Circ.-CFB 99/3; l'annonce doit être effectuée dans les 60 jours après la clôture de l'exercice annuel.

⁶⁰ Cf. art. 23 OFB.

près des comptoirs suisses individuels ainsi que selon les dépôts privilégiés et les petits dépôts⁶¹.

Les données sur l'ampleur des petits dépôts des comptoirs en Suisse et à l'étranger sont particulièrement importantes au début d'une procédure de faillite. En effet, la CFB, respectivement le mandataire qu'elle a nommé, peut ainsi estimer dans quelle mesure il existe des petits dépôts à rembourser immédiatement et si, après le prononcé de mesures protectrices qui déclenchent le système de garantie des dépôts⁶², le montant maximum prévu pour chaque créancier doit éventuellement être abaissé en dessous de 5000 francs.

Les données sur les dépôts privilégiés et sur les petits dépôts sont également significatives pour le calcul provisoire des contributions dues par chaque établissement à l'organisme de garantie des dépôts. En effet, le montant qui doit être mis à disposition par l'organisme de garantie des dépôts correspond à la différence entre ces deux données. C'est uniquement par la connaissance de données actualisées que les fonds nécessaires pour couvrir les créances garanties peuvent être réclamés à temps auprès des différents établissements et mis à disposition par eux.

Les banques ne doivent en principe pas publier les données devant être annoncées. Pourtant, si les créances non privilégiées sont gravement mises en péril, comme par exemple lorsqu'il existe une proportion particulièrement élevée de dépôts privilégiés, la CFB peut dans des cas motivés astreindre certaines banques à des publications sous une forme appropriée.

⁶¹ Petits dépôts = dépôts privilégiés de CHF 5000 au plus.

⁶² Cf. art. 55 OB.

Art. 55 Devoir de communication

Le système de garantie des dépôts est déclenché soit par l'ouverture d'une faillite bancaire, soit par le prononcé de certaines mesures protectrices⁶³. La décision de mesures protectrices ne déclenche la garantie des dépôts que s'il existe simultanément un danger d'insolvabilité et que la décision concernée est motivée par les règles en matière d'insolvabilité. Si une mesure protectrice est ordonnée hors du cadre des dispositions en matière d'insolvabilité, par exemple sur la base de l'art. 23^{er} LB, le système de garantie des dépôts n'est pas déclenché par la mesure ordonnée, même en cas de publication ou de communication correspondante.

Parallèlement à la communication effectuée à l'organisme de garantie des dépôts, la CFB informe également celui-ci des derniers chiffres qui lui ont été annoncés concernant la somme des dépôts privilégiés ainsi qu'en cas de faillite la somme des petits dépôts qui doivent être immédiatement remboursés selon l'art. 37a LB. Cela permet à l'organisme de garantie des dépôts de commencer à temps la mise à disposition des fonds pour le remboursement des dépôts privilégiés.

Le but d'un assainissement est que la banque puisse poursuivre son activité soumise à autorisation tout en satisfaisant le mieux possible les créanciers⁶⁴. Ainsi, aucun des créanciers – en particulier des créanciers privilégiés – ne doit être placé dans une moins bonne position que dans le cadre d'une procédure de faillite. Le remboursement rapide

⁶³ Mesures protectrices sous la forme d'une limitation de l'activité commerciale, d'une interdiction d'effectuer certaines transactions, d'une fermeture de banque, de l'accord d'un sursis, de la prorogation des échéances (art. 26 al. 1 let. e-h LB).

⁶⁴ Cf. Message concernant la modification de la loi sur les banques, FF 2002 70501.

d'une majorité de tous les fonds des clients peut cependant rendre particulièrement difficile à remplir les conditions nécessaires à la poursuite de l'activité bancaire. C'est pourquoi la CFB peut s'abstenir provisoirement de communiquer la décision à l'organisme de garantie des dépôts et reporter ainsi le commencement du délai, lorsqu'il existe des perspectives d'assainissement ainsi que d'une prochaine levée des mesures protectrices ordonnées ou si la décision intervenue n'affecte pas les dépôts privilégiés et garantis par le système de garantie des dépôts.

Art. 56 Délai

Le délai pour assurer le paiement des dépôts garantis est de trois mois, conformément à l'art. 37h al. 3 let. a LB. Il commence à courir dès la communication de la décision à l'organisme de garantie des dépôts (art. 55 OB).

Le délai ne commence toutefois pas à courir tant que la décision n'est pas exécutoire. Si l'effet exécutoire est ultérieurement levé, le délai est alors interrompu et recommence à courir dès la nouvelle entrée en force.

Art. 57 Plan de remboursement

Le mandataire nommé par la CFB dresse le plan de remboursement comprenant les dépôts privilégiés dès que le système de garantie des dépôts a été déclenché. Le mandataire nommé par la CFB a un accès direct aux livres de la banque, raison pour laquelle le plan de remboursement ne peut pas être dressé sans sa collaboration. Il se justifie de ce fait de lui confier entièrement cette tâche.

Lors de l'établissement du plan de remboursement, aucun devoir de vérification n'incombe toutefois au mandataire nommé par la CFB. Une telle obligation retarderait d'une part la liquidation et, d'autre part, chacune des créances sera examinée plus tard dans le cadre de la collocation⁶⁵. Dans des cas manifestes, le mandataire est cependant tenu de ne pas admettre des créances dans le plan de remboursement, par exemple, lorsqu'il résulte des documents à sa disposition qu'une créance n'existe manifestement pas ou plus, ou lorsqu'il existe un cas d'avantage manifeste inadmissible accordé à un créancier.

Dans la procédure de faillite bancaire, les petits dépôts à rembourser immédiatement selon l'article 37a LB ne sont plus pris en compte dans le plan de remboursement, dans la mesure où les déposants concernés – pour autant que les liquidités nécessaires aient été à disposition – ont déjà été désintéressés hors du système de garantie des dépôts.

Le mandataire nommé par la CFB communique à l'organisme de garantie des dépôts le montant total de l'ensemble des dépôts privilégiés admis dans le plan de remboursement. L'organisme de garantie des dépôts peut demander au mandataire de consulter les détails du plan de remboursement.

Art. 58 Remboursement des dépôts garantis

Dans le cadre de l'autorégulation, l'organisme de garantie des dépôts doit garantir que toutes les banques s'acquittent des contributions auxquelles elles sont tenues et mettent à disposition à temps les fonds nécessaires pour le remboursement des dépôts privilégiés. Les banques et

⁶⁵ cf. art. 24 OFB.

les négociants en valeurs mobilières ont réglé les détails de cette mise à disposition dans leur nouvelle convention relative à la garantie des dépôts, qui a été approuvée par la CFB⁶⁶.

Le versement des fonds mis à disposition est à nouveau effectué par le mandataire nommé par la CFB. Celui-ci demeure en contact étroit avec les créanciers et devra, dans le cadre du remboursement des dépôts non garantis également, exiger les coordonnées nécessaires de chaque créancier.

Si les fonds mis à disposition par l'organisme de garantie des dépôts ne sont pas suffisants pour satisfaire toutes les créances privilégiées inscrites dans le plan de remboursement, le désintéressement s'effectuera en principe de manière proportionnelle. L'organisme de garantie des dépôts pourra cependant refuser de désintéresser certains créanciers ou groupes de créanciers s'il est d'avis qu'ils ne bénéficient pas d'un privilège garanti. Le mandataire de la CFB devra tenir compte de ces instructions. Mais il faut supposer que dans les cas peu clairs le mandataire et l'organisme de garantie des dépôts vont préalablement s'entendre sur l'admission de certaines créances dans le plan de remboursement. Si un créancier estime ensuite qu'il n'a, à tort, pas été admis dans le plan de remboursement ou qu'il n'a pas été pris en compte dans le cadre du remboursement, il disposera d'une prétention de droit civil à l'encontre de l'organisme de garantie des dépôts⁶⁷.

⁶⁶ cf. art. 37h al. 2 LB.

⁶⁷ cf. explications concernant l'art. 58 OB.

Art. 59 Droits des déposants

Les déposants privilégiés n'ont aucun droit au remboursement de leurs dépôts garantis dans le cadre du système de garantie des dépôts à l'encontre de la banque ou – après l'ouverture de la faillite – à l'encontre de la masse en faillite représentée par son liquidateur, mais seulement et uniquement à l'encontre de l'organisme de garantie des dépôts. Les déposants peuvent faire valoir leur prétention après l'écoulement du délai de trois mois prévu pour le remboursement des dépôts privilégiés⁶⁸.

Art. 62 Dispositions transitoires

Les banques ne disposent pas encore aujourd'hui des données concernant les dépôts privilégiés. Les banques devront donc tout d'abord prendre les dispositions nécessaires pour la récolte de ces informations. Des adaptations dans le domaine informatique seront en particulier nécessaires. Le nouveau système de garantie des dépôts est par contre déjà entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, ce qui répond au besoin de protection des déposants par une mise en œuvre rapide de l'article 37h LB.

Pour la période allant jusqu'à la première adaptation au 1^{er} juillet 2007, la CFB calculera les obligations de contribution pour chacune des banques et les liquidités complémentaires nécessaires sur la base des chiffres inscrits pour 2004 dans les rubriques du bilan 2.3 à 2.5 (art. 25 al. 1 OB). L'annonce des dépôts privilégiés sera effectuée pour la pre-

⁶⁸ cf. explications concernant l'art. 55 OB.

mière fois pour l'année 2006. Les sociétés d'audit réviseront ces chiffres la première fois pour l'année 2007.

La CFB a la compétence de prolonger d'un an le délai de communication des dépôts privilégiés ou décider d'un régime spécial pour certaines banques.

Suppression des dispositions transitoires et finales

A l'exception de l'article 63 al. 1 qui porte sur l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les banques, les autres dispositions transitoires et finales doivent être abrogées. Elles sont devenues caduques, soit par l'entrée en vigueur d'autres dispositions, soit par l'écoulement du délai transitoire qui y est contenu.

b. Modifications de l'ordonnance sur les bourses

Art. 29a Garantie des dépôts

Dans la mesure où les négociants en valeurs mobilières détiennent des fonds de clients, ils sont en principe soumis aux mêmes dispositions que les banques en ce qui concerne la garantie des dépôts. Ils doivent en particulier disposer en permanence des actifs disponibles nécessaires pour les contributions auxquelles ils sont tenus dans le cadre des liquidités complémentaires, bien qu'aucune des règles en matière de liquidités ne leur soit par ailleurs applicable.

Il n'y a aucune raison pour que les négociants en valeurs mobilières doivent, uniquement en raison des exigences relatives aux liquidités complémentaires, également remplir les règles de justification de l'en-

semble des liquidités applicables aux banques. Une réglementation simplifiée pour les purs négociants en valeurs mobilières se justifie donc. La société d'audit doit revoir dans le cadre de son activité d'audit si les liquidités complémentaires nécessaires sont à disposition et noter les résultats de son examen dans son rapport d'audit.

Décision de la Commission fédérale des banques du 30 juin 2005 dans la cause BPT-trading SA

Preuve du surendettement (art. 25 LB); délai pour rétablir les fonds propres (art. 25 LB); chances de succès d'un assainissement (art. 33 LB)

- 1 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 survenue prochaine d'un surendettement (ch. 14).
- 2 La banque ou le négociant en valeurs mobilières qui a cessé ses activités n'est plus en mesure de rétablir une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres. Il n'est pas nécessaire de lui fixer un délai avant de pouvoir prononcer des mesures en cas de risque d'insolvabilité (ch. 16 s.).
- 3 Un assainissement n'est pas envisageable lorsque la société a cessé toutes ses activités et licencié tous ses employés (ch. 21).

Nachweis der Überschuldung (Art. 25 BankG); Frist, die Eigenmittelanforderungen wieder zu erfüllen (Art. 25 BankG); Erfolgchancen einer Sanierung (Art. 33 BankG)

- 1 Der Nachweis einer Überschuldung im formellen Sinn ist nicht notwendig. Es reicht, wenn besondere Umstände bestehen, die auf das Vorliegen einer bestehenden oder bevorstehenden Überschuldung schliessen lassen (Ziff. 14).

- 2 Banken oder Effektenhändler, welche ihre Geschäftstätigkeit eingestellt haben, sind nicht mehr in der Lage, die notwendigen Eigenmittelanforderungen wiederherzustellen. Es erübrigt sich deshalb, ihnen eine entsprechende Frist zu setzen, bevor Insolvenzmassnahmen ausgesprochen werden (Ziff. 16 f.).
- 3 Eine Sanierung ist nicht in Betracht zu ziehen, wenn die Gesellschaft alle ihre Aktivitäten eingestellt und alle Angestellten entlassen hat (Ziff. 21).

Prove di eccedenza di debiti (art. 25 LBCR); termine per ricostituire i fondi propri (art. 25 LBCR); possibilità di successo di un risanamento (art. 33 LBCR)

- 1 La prova di eccedenza di debiti in senso formale non è necessaria. È sufficiente che delle circostanze particolari permettano di concludere l'esistenza o la prossima sopravvenienza di un'eccedenza di debiti (cifra 14).
- 2 La banca o il commerciante di valori mobiliari che ha cessato le sue attività non è più in grado di ristabilire una situazione conforme alle prescrizioni in materia di fondi propri. Non è necessario fissare un termine prima di pronunciare nei suoi confronti delle misure di protezione per il rischio d'insolvenza (cifre 16 s.).
- 3 Un risanamento non può essere preso in considerazione allorché la società ha cessato tutte le sue attività e licenziato tutti i suoi impiegati (cifra 21).

Résumé des faits

BPT-trading SA (BPT) a obtenu en 2000 une autorisation pour négociant en valeurs mobilières de la Commission fédérale des banques (CFB). A partir de septembre 2002, sous pression de la CFB, BPT a mis un terme à son activité pour le compte de clients en raison du faible coussin de fonds propres dont elle disposait. BPT n'a depuis lors plus qu'exercé une activité de *market maker*. Alors que la situation financière de la société s'était sensiblement améliorée en 2003 et 2004, de mauvaises stratégies d'investissement l'ont conduite à réaliser des pertes importantes début 2005. En juin 2005, le conseil d'administration de la société a décidé d'arrêter définitivement ses activités, de licencier tous ses employés et d'adresser à la CFB un avis de surendettement et d'insolvabilité. L'avis de surendettement a été adressé à la CFB le 28 juin 2005.

Extraits des considérants

1 Compétence de la CFB

(9) La CFB est l'autorité administrative fédérale chargée de la mise en œuvre de la loi sur les bourses (art. 34 LBVM; RS 954.1). A ce titre, les négociants en valeurs mobilières au sens de la LBVM sont soumis à la surveillance prudentielle de la CFB.

(10) BPT est titulaire d'une autorisation d'exercer une activité de négociant en valeurs mobilières au sens de l'art. 10 LBVM. Elle est donc soumise à la surveillance de la CFB.

(11) Depuis le 1^{er} juillet 2004, la CFB est compétente pour prendre les mesures prévues par les art. 25 ss de la loi sur les banques (LB; RS 952.0) contre un établissement autorisé qui connaît des problèmes d'insolvabilité au sens de l'art. 25 LB, qu'il s'agisse d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières (art. 36a LBVM).

2 Faillite à la demande du débiteur

(12) Selon l'art. 191 LP, le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice. En l'espèce, BPT a adressé une telle réquisition de faillite à la CFB en date du 28 juin 2005. Si cela apparaît comme une raison suffisante pour prononcer la faillite, les conditions posées par l'art. 25 LB sont également remplies.

3 Insolvabilité bancaire

(13) La CFB peut ordonner des mesures protectrices, une procédure d'assainissement ou prononcer la faillite bancaire d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à sa surveillance s'il existe des raisons sérieuses de craindre un surendettement, des problèmes de liquidité importants, ou encore, si l'établissement n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la CFB (art. 25 LB et 36a LBVM). Si les conditions d'une insolvabilité bancaire sont données et qu'il n'existe aucune perspective d'assainissement, la CFB doit prononcer la faillite bancaire (art. 33 LB).

3.1 Surendettement

(14) Un surendettement au sens de l'art. 25 LB existe dès qu'une évaluation des actifs suscite des doutes quant à la couverture des prétentions des créanciers. 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 survenue prochaine d'un surendettement (FF 2002 p. 7496).

(15) Compte tenu de la cessation d'activité de la société décidée en date du 26 juin 2005, l'examen du bilan aux valeurs de continuation n'a plus lieu d'être. Il ressort du bilan établi au 23 juin 2005 aux valeurs de liquidation que la société est surendettée. En effet, les actifs ne couvrent plus les fonds étrangers par CHF 561 000.–. La situation n'est pas différente si l'on prend en considération les obligations de la société envers les clients, postposées pour CHF 496 000.–. Au vu de ce qui précède, la condition du surendettement au sens de l'art. 25 LB est remplie.

3.2 Fonds propres

(16) Si l'établissement n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la CFB, cette dernière peut prendre les mesures prévues par l'art. 25 LB. Si les circonstances font apparaître que la banque ne pourra de toute manière pas corriger cette insuffisance dans le délai imparti, la CFB peut renoncer à fixer un délai (FF 2002 p. 7496).

(17) Compte tenu du surendettement de CHF 561 000.– aux valeurs de liquidation constaté le 23 juin 2005, les exigences en matière de fonds

propres (art. 29 OBVM et 11 ss OB) et de répartition des risques (art. 29 OBVM et 21 ss OB) ne sont par définition plus remplies.

Aux valeurs de continuation, les fonds propres s'élèvent à CHF 797 000.-. Or, selon l'art. 22 de l'ordonnance sur les bourses (OBVM; RS 954.11), le négociant doit disposer d'un capital minimum de CHF 1,5 million. Par conséquent, les fonds propres sont insuffisants que ce soit aux valeurs de continuation ou de liquidation. Il n'est pas nécessaire de fixer un délai supplémentaire à BPT dès lors qu'elle a cessé ses activités et licencié tous ses collaborateurs et n'est donc plus en mesure de rétablir une situation conforme aux prescriptions légales. Au vu de ce qui précède, la condition des fonds propres insuffisants au sens de l'art. 25 LB est également remplie.

Pour les mêmes raisons, BPT ne remplit plus les exigences posées par l'art. 22 OB en matière de capital minimum. Par conséquent, l'autorisation d'exercer une activité de négociant en valeurs mobilières devrait dans tous les cas être retirée à BPT.

3.3 Liquidités

(18) Un établissement connaît des problèmes de liquidités au sens de l'art. 25 LB s'il n'est pas en mesure de se procurer des liquidités aux conditions du marché et qu'il faut dès lors présumer que les liquidités existantes ne couvrent plus les engagements échus ou qui viendront prochainement à échéance (FF 2002 p. 7496).

(19) Le bilan au 23 juin 2005 laisse apparaître que la société ne dispose plus de liquidités en l'état. BPT indique en outre qu'elle n'est pas en mesure de s'en procurer dès lors que les actifs qu'elle pourrait éven-

tuellement vendre sont gagés en faveur de son créancier principal, la société X. BPT connaît donc également des problèmes de liquidités au sens de l'art. 25 LB.

4 Prononcé de la faillite et nomination d'un liquidateur

(20) Au vu de ce qui précède, force est de constater que BPT est surendettée, souffre de problèmes de liquidités importants et n'est pas en mesure de rétablir une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres, au sens de l'art. 25 LB. Toutes les conditions alternatives pour que la CFB puisse prendre des mesures en cas d'insolvabilité sont remplies. Dans cette situation, s'il n'existe aucune perspective d'assainissement, la CFB doit alors retirer l'autorisation de l'établissement et prononcer l'ouverture de la faillite (art. 33 LB).

(21) Lors de la séance du Conseil d'administration du 26 juin 2005, il a été constaté que l'assainissement informel mené par BPT avait échoué. La décision a donc été prise de cesser les activités opérationnelles de BPT et de licencier tous les employés le 27 juin 2005. Un assainissement n'est pas envisageable dans ces conditions au vu de la cessation totale des activités de BPT.

(22) A défaut de perspectives d'assainissement, la CFB doit donc retirer l'autorisation de BPT et prononcer l'ouverture de la faillite. La CFB nomme un ou plusieurs liquidateurs (art. 33 LB). Y SA a les qualifications nécessaires et donne toutes garanties d'indépendance et de diligence pour mener à bien la liquidation de la faillite. Elle n'a aucun conflit d'intérêts dans ce cas.

(...)

L'autorisation de négociant en valeurs mobilières de BPT a été retirée et la faillite ouverte le 1^{er} juillet 2005 à 8 h 00.

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. September 2005 in Sachen A&A Actienbank AG, D-Frankfurt a. M.

Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets (Art. 37g BankG, Art. 10 BKV)

- 1 Die Bankenkommission anerkennt ausländische Konkursdekrete, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 166 IPRG bzw. Art. 37g Abs. 2 BankG gegeben sind (Ziff. 14 ff.).
- 2 Anerkennt die Bankenkommission ein ausländisches Konkursdekret, legt sie in der Schweiz einen einheitlichen Konkursort fest (Ziff. 33 ff.).
- 3 Die Bankenkommission bestimmt den Kreis der nach Art. 37g Abs. 3 BankG privilegierten Gläubiger. Im Sinne einer Gleichbehandlung aller Gläubiger lässt sie alle Gläubiger im In- und Ausland in den Kollokationsplan aufnehmen, soweit deren Forderungen durch ein in der Schweiz gelegenes Pfand gesichert oder privilegiert sind (Ziff. 37 f.).

Reconnaissance d'une décision de faillite étrangère (art. 37g LB, art. 10 OFB)

- 1 La Commission des banques reconnaît des décisions de faillite prononcées contre des banques à l'étranger si les conditions de l'art. 166 LDIP resp. de l'art. 37g al. 2 LB sont remplies (ch. 14 ss).

- 2 Lorsque la Commission des banques reconnaît une décision de faillite prononcée à l'étranger, elle désigne le for unique de la faillite en Suisse (ch. 33 ss).
- 3 La Commission des banques détermine le cercle des créanciers privilégiés selon l'art. 37g al. 3 LB. Pour que l'égalité entre tous les créanciers soit assurée, la CFB fait inscrire dans le plan de collocation tous ceux avec résidence en Suisse ou à l'étranger, dans la mesure où leurs créances sont privilégiées ou couvertes par un gage sis en Suisse (ch. 37 s.).

Riconoscimento d'un decreto di fallimento estero (art. 37g LBCR, art. 10 OFB)

- 1 La Commissione delle banche riconosce i decreti di fallimento pronunciati all'estero nei confronti delle banche, se le condizioni stabilite dall'art. 166 LDIP risp. dall'art. 37g capoverso 2 LBCR sono adempiute (cifre 14 ss).
- 2 Quando la Commissione delle banche riconosce un decreto di fallimento pronunciato all'estero, essa designa il foro unico del fallimento in Svizzera (cifre 33 ss).
- 3 La Commissione delle banche determina la cerchia dei creditori privilegiati secondo l'articolo 37g capoverso 3 LBCR. Per rispettare l'uguaglianza di tutti i creditori, essa registra quelli residenti in Svizzera ed all'estero nella graduatoria, fintanto che le loro pretese siano privilegiate o coperte da un pegno situato in Svizzera (cifre 37 s.).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Am 26. September 2002 um 15.30 Uhr eröffnete das Amtsgericht Frankfurt a.M. wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen der A&A Actienbank AG (A&A Actienbank), Frankfurt a.M., das Insolvenzverfahren gemäss §§ 2, 3, 11, 16 ff. der deutschen Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (InsO; BGBl I 1994, 2866). Als Insolvenzverwalter bestimmte das Amtsgericht Rechtsanwalt Y, Frankfurt a.M. (p. 3, 36).

Mit Schreiben vom 28. Juni 2005 reichte die A&A Actienbank bei der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) ein Begehren um Anerkennung des deutschen Konkursdekrets ein, damit sie gegenüber der B in Liquidation sowie gegenüber der C in Liquidation Ansprüche geltend machen könne.

Aus den Erwägungen

1 Zuständigkeit der EBK

(5) Gemäss Art. 37g des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952) entscheidet die EBK über die Anerkennung von Konkursdekreten, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen werden.

(6) Als Bank im Sinne von Art. 37g BankG gelten ausländische Banken nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 21. Oktober 1996 der Eidg. Bankenkommision über die ausländischen Banken in der Schweiz (ABV; SR 952.111), d. h. Unternehmen, die (a) im Ausland eine Bewilli-

gung als Bank besitzen, (b) in der Firma in der Bezeichnung des Geschäftszwecks oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck «Bank» oder «Bankier» verwenden, oder (c) die Banktätigkeit im Sinne von Art. 2a der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) betreiben.

(7) Die A&A Actienbank war ein Einlagenkreditinstitut und unterlag gemäss § 6 des deutschen Gesetzes vom 10. Juli 1961 über das Kreditwesen (KWG; BGBl I 1961, 881) bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Aufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Sie besass ursprünglich die Erlaubnis, Bankgeschäfte nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 5 und Nr. 7 bis 12 KWG sowie Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 und 7 KWG zu betreiben. Damit durfte sie unter anderem gewerbsmässig fremde Gelder als Einlagen annehmen oder Gelddarlehen gewähren. Sie erfüllt somit alle drei alternativen Voraussetzung von Art. 1 Abs. 1 ABV für die Qualifikation als Bank.

(8) Ein Konkursdekret ist nach der vorliegend massgeblichen Definition die Entscheidung über die Eröffnung eines Gesamtverfahrens zur kollektiven Gläubigerbefriedigung, das unter Wahrung der Gläubigergleichbehandlung (zumindest innerhalb von Gläubigerklassen), den Beschlag und die Verwertung des Schuldnervermögens zum Gegenstand hat und durch ein Gericht oder eine analoge Behörde kontrolliert wird (HANISCH, HANS, Die Vollstreckung von ausländischen Konkursurkenntnissen in der Schweiz, in: Aktuelle Juristische Praxis, 1999, S. 17 ff., S. 18).

(9) Durch den Beschluss vom 26. September 2002 des Amtsgerichts Frankfurt a.M. wurde das Insolvenzverfahren gemäss §§ 2, 3, 11, 16 ff.

InsO gegen die A&A Actienbank eröffnet. Gemäss § 1 InsO dient ein solches Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger des Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Hierfür verbot das Amtsgericht Frankfurt a. M. der A&A Actienbank in seinem Beschluss vom 26. September 2002 die Verfügung über ihr gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen für die Dauer des Insolvenzverfahrens. Zuständig für das Insolvenzverfahren ist gemäss § 2 Abs. 1 InsO ausschliesslich das Amtsgericht. Der Beschluss vom 26. September 2002 des Amtsgerichts Frankfurt a. M. stellt somit ein Konkursdekret im Sinne von Art. 37g BankG dar.

(10) Die EBK ist deshalb sachlich, örtlich und funktional zuständig für die Anerkennung des Beschlusses des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A&A Actienbank.

2 Antragsberechtigung

(11) Gemäss Art. 37g BankG i.V.m. Art. 166 IPRG wird ein ausländisches Konkursdekret auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt. Unter dem massgeblichen schweizerischen Recht gilt als Konkursverwaltung, wer gestützt auf die Konkursöffnung die Verwaltungs-, Verfügungs- und Verwertungsbeugnis für das Schuldnervermögen innehat (HANISCH [Ziff. 8], S. 23).

(12) Laut dem Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 wird der A&A Actienbank die Verfügung über ihr gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verboten und die Verfügungsmacht

dem Insolvenzverwalter übertragen. Damit ist dieser befugt, im Namen der A&A Actienbank den Antrag zur Anerkennung des deutschen Konkursdekrets zu stellen.

3 Rechtsschutzinteresse

(13) Die A&A Actienbank beabsichtigt Ansprüche, insbesondere gegenüber der B sowie gegenüber der C geltend zu machen. Hierzu muss das deutsche Konkursdekret in der Schweiz anerkannt werden. Da das deutsche Konkursdekret nicht im Gebiet der ehemaligen Königreiche Württemberg oder Bayern gefällt wurde, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der entsprechenden Staatsverträge mit der unmittelbaren Anerkennungswirkung nicht. Die A&A Actienbank hat somit ein aktuelles rechtliches und tatsächliches Interesse an der Anerkennung des Konkursdekrets.

4 Anerkennungsvoraussetzungen

a Vollständige und beglaubigte Ausfertigung der Entscheidung

(14) Gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. a IPRG i. V. m. Art. 167 Abs. 1 IPRG ist dem Begehren um Anerkennung eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung der Entscheidung beizulegen.

(15) Mit Schreiben vom 2. August 2005 legte die Gesuchstellerin eine vollständige, mit Apostillen versehene Ausfertigung des Beschlusses des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 vor. In Anwendung des am 5. Oktober 1961 in Den Haag geschlossenen Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung (SR 0.172.030.4) werden anstelle einer Beglaubigung

schweizerischer diplomatischer oder konsularischer Vertreter über die Echtheit der Unterschrift, die Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat, und gegebenenfalls der Echtheit des Siegels oder Stempels, mit dem die Urkunde versehen ist, durch die zuständigen deutschen Behörden ausgestellte Apostillen gemäss Art. 4 des Übereinkommens anerkannt (Art. 2 und 3 des Übereinkommens). Der eingereichte Beschluss vom 26. September 2002 ist somit hinreichend beglaubigt.

b Vollstreckbarkeit

(16) Für die Anerkennung in der Schweiz muss ein ausländisches Konkursdekret nach Art. 166 Abs. 1 Bst. b IPRG vollstreckbar sein. Dabei muss es nicht gleichzeitig auch bereits rechtskräftig sein (BGE 126 III 101; HANISCH [Ziff. 8], S. 23; STAEHLIN, DANIEL, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Basel/Frankfurt a. M., 1989, S. 52 ff.).

(17) Der vorgelegte, mit Apostillen versehene Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 hält nicht explizit fest, dass er vollstreckbar ist. Dies ist auch nicht zwingend notwendig. Es reicht aus, wenn sich die Vollstreckbarkeit aus den Akten ergibt (BGE 118 Ia 118, E. 3c abgedruckt in *Semaine Judiciaire* 1992, S. 411 ff.; Entscheidung des Zürcher Kassationsgerichts vom 25.2.1997, abgedruckt in: *Schweizerische Juristenzeitung*, 1998, S. 257 ff., E. 4; WALTER, GERHARD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Bern, 1998, S. 371, FN 84).

(18) Die Kopie des Beschlusses des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002, welche als Beilage zum Begehren um Anerken-

nung einreicht wurde, wird als vollstreckbare Ausfertigung betitelt. Auch aus ihrem Inhalt ergibt sich, dass der Beschluss vollstreckbar ist. Zudem regelt der ebenfalls eingereichte Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 27. September 2002 bereits einen Teil des Ablaufs der Zwangsvollstreckung. Weiter wurde die Ausfertigung, welche als Beilage zum Begehren um Anerkennung einreicht wurde, am 22. Februar 2005 ausgefertigt und dem Insolvenzverwalter «zum Zwecke der Zwangsvollstreckung» ausgehändigt. Aus den Akten geht somit zweifelsfrei hervor, dass das Konkursdekret vollstreckbar ist.

(19) Schliesslich ergibt sich auch aus § 6 Abs. 3 InsO i.V.m. § 34 Abs. 3 InsO, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sofort vollstreckbar ist und einer Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukommt.

c Universalität des ausländischen Konkurses

(20) Gemäss § 35 InsO erfasst das deutsche Insolvenzverfahren das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Involvenzmasse). Nach dem Wortlaut von § 35 InsO soll somit auch im Ausland gelegenes Vermögen des Schuldners in das deutsche Insolvenzverfahren einbezogen werden. In Übereinstimmung dazu statuiert § 335 InsO den Grundsatz, dass das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen, soweit nichts anderes bestimmt ist, dem Recht des Staates unterliegen, in dem das Verfahren eröffnet worden ist. Wird in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet, sollen dessen Wirkungen somit auch im Ausland eintreten. Das Erfordernis der universellen Geltung ist damit erfüllt.

d Wohnsitz des Schuldners

(21) Gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG werden in der Schweiz Konkursdekrete anerkannt, welche am Wohnsitz des Schuldners ergangen sind. Als Wohnsitz bei Gesellschaften, d.h. organisierten Personenzusammenschlüssen und organisierten Vermögenseinheiten (Art. 150 Abs. 1 IPRG) gilt nach Art. 21 Abs. 1 IPRG der Sitz der Gesellschaft. Als solcher gilt dabei der in den Statuten oder im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Ort (Art. 21 Abs. 2 IPRG). Fehlt eine solche Bezeichnung, so gilt als Sitz der Ort, an dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird (Art. 21 Abs. 2 IPRG).

(22) Die A&A Actienbank hatte ihren Sitz in Frankfurt a.M., war sie doch unter HRB Nr. 51889 beim Amtsgericht Frankfurt a.M. eingetragen. Damit ist das Konkursdekret über die A&A Actienbank, der Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a.M. vom 26. September 2002, am Sitz des Schuldners ergangen.

(23) Zudem kann die EBK gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG auch Konkursdekrete und Massnahmen anerkennen, welche im Staat des tatsächlichen Sitzes der Bank ausgesprochen wurden. Wie sich dem Antrag der BaFin zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A&A Actienbank sowie aus der Geschäftsadresse der A&A Actienbank zweifelsfrei ergibt, führte die A&A Actienbank ihre Geschäfte in Frankfurt a.M. und hatte somit auch dort ihren tatsächlichen Sitz. Das Konkursdekret des Amtsgerichts Frankfurt a.M. kann damit auch aufgrund des tatsächlichen Sitzes der A&A Actienbank in Anwendung von Art. 37g Abs. 2 BankG anerkannt werden.

e Materieller Ordre Public

(24) Gemäss Art. 166 Abs. 1 Bst. c IPRG i. V. m. Art. 27 Abs. 1 IPRG könnte das ausländische Konkursdekret nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre Public offensichtlich unvereinbar wäre. Dies wäre jedoch nur der Fall, wenn die Anerkennung des ausländischen Entscheides zu einem Ergebnis führen würde, das den Grundsätzen der schweizerischen Rechtsordnung diametral entgegensteht (WALTER [Ziff. 17], S. 355).

(25) Auch unter schweizerischem Recht wird eine Bank, welche zahlungsunfähig ist, in Anwendung von Art. 25 und 33–37e BankG liquidiert. Dass das Amtsgericht Frankfurt a.M. mit dem Beschluss vom 26. September 2002 über die zahlungsunfähige A&A Actienbank das Insolvenzverfahren eröffnet hat, entspricht somit sinngemäss der schweizerischen Regelung und steht dem Ordre Public in der Schweiz offensichtlich nicht entgegen.

f Formeller Ordre Public

(26) Nach Art. 166 Abs. 2 Bst. c IPRG i. V. m. Art. 27 Abs. 2 IPRG könnte ein ausländisches Konkursdekret ebenfalls nicht anerkannt werden, wenn eine Partei nachweist, (a) dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, (b) dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist oder (c) dass ein Verfahren zwischen denselben Parteien und über denselben Gegenstand zuerst in der Schweiz eingeleitet oder in der

Schweiz entschieden worden ist oder dass er in einem Drittstaat früher entschieden worden ist und dieser Entscheid in der Schweiz anerkannt werden kann. Diese Anerkennungshindernisse sind indessen nur auf Einsprache hin, nicht jedoch von Amtes wegen zu prüfen (WALTER [Ziff. 17], S. 359).

(27) Aus den Akten ergibt sich kein Hinweis, welcher der Anerkennung des Konkursdekrets entgegenstehen und damit Anlass zu Einreden geben könnte. Zum einen hat die A&A Actienbank selbst bei der BaFin Anzeige gemäss § 46b Abs. 1 KWG erstattet und damit das Insolvenzverfahren eingeleitet. Zum andern bestehen keine Hinweise auf eine allfällige Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts oder auf eine Litispendenz oder einen früheren Entscheid in dieser Sache in der Schweiz oder einem Drittstaat.

g Gegenrecht

(28) Gemäss Art. 166 Abs. 1 Bst. c IPRG setzt die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets sodann voraus, dass der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht hält.

(29) Gemäss § 343 InsO wird die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens in Deutschland unter Vorbehalt geringfügiger Einschränkungen anerkannt. Damit hält Deutschland das geforderte Gegenrecht (siehe auch TRUNK, ALEXANDER, Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG–Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2004, S. 531 ff.).

(30) Damit erfüllt der Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 alle Voraussetzungen um in der Schweiz anerkannt zu werden.

h Rechtliches Gehör

(31) Das Insolvenzverfahren, welches mit dem Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt a. M. vom 26. September 2002 eröffnet wurde, hat die A&A Actienbank durch ihre Anzeige gemäss § 46b Abs. 1 KWG vom 13. August 2002 an die BaFin selbst eingeleitet. Darin erklärte und begründete die A&A Actienbank ihre Zahlungsunfähigkeit. Mit dieser Anzeige ist somit die Voraussetzung der gehörigen und rechtzeitigen Ladung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 Bst. c IPRG vorliegend offensichtlich gegeben.

(32) In Anwendung von Art. 30 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) muss die EBK die Gemeinschuldnerin als Partei anhören, bevor sie verfügt. Im vorliegenden Verfahren hat die A&A Actienbank selbst das Begehren um Anerkennung des Konkursdekrets gestellt und hat darin zur Anerkennung Stellung genommen.

5 Bestimmung des Konkursortes

(33) Anerkennt die EBK ein ausländisches Konkursdekret, so bestimmt sie gemäss Art. 10 Abs. 2 der Verordnung vom 30. Juni 2005 der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effekthändlern (BKV; SR 952.812.32) in der Schweiz einen einheitlichen Konkursort. Den Konkursort für das Partikularverfahren legt sie sinnvollerweise dort fest, wo sich wenigstens ein Teil des in der Schweiz

liegenden Vermögens befindet oder zumindest vermutet wird (Bericht der Arbeitsgruppe, S. 11).

(34) Laut der Eingabe vom 28. Juni 2005 beabsichtigt die A&A Actienbank gegenüber der B sowie der C Ansprüche geltend zu machen. Es bestehen keine Hinweise auf allfällige weitere Vermögenswerte der A&A Actienbank in der Schweiz.

(35) Aus den vorliegenden Unterlagen geht nicht hervor, worauf die Forderungen der A&A Actienbank gegen die B sowie gegen die C basieren. Forderungen aus gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten sind nach Art. 151 Abs. 1 IPRG durch Klage am Sitz der Gesellschaft geltend zu machen. Für Forderungen aus Verträgen sind nach Art. 112 Abs. 1 IPRG die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten zuständig. Im Konkursverfahren der B sind allfällige konkursrechtliche Klagen in der Regel ebenfalls am Sitz der Gesellschaft einzureichen. In diesen Fällen wären somit die Gerichte am Sitz der jeweiligen Gesellschaft anzurufen.

(36) Es ist deshalb davon auszugehen, dass die A&A Actienbank ihre Forderungen in Zürich und insbesondere in Zug vor Gericht geltend machen wird. Es rechtfertigt sich daher, Zug als Konkursort in der Schweiz festzulegen.

6 Kreis der privilegierten Gläubiger

(37) Weiter bestimmt die EBK nach Art. 10 Abs. 2 BKV den Kreis der nach Art. 37g Abs. 3 BankG privilegierten Gläubiger. In Ergänzung zu Art. 172 Abs. 1 IPRG, welcher nur die Aufnahme (a) von Forderungen, welche durch ein in der Schweiz gelegenes Pfand gesichert sind, und

(b) von privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz in den Kollokationsplan vorsieht, kann die EBK dadurch auch privilegierte Forderungen von Gläubigern mit Sitz im Ausland im Kollokationsplan zulassen.

(38) Im Sinne einer Gleichbehandlung aller Gläubiger sind alle Gläubiger im In- und Ausland in den Kollokationsplan aufzunehmen, soweit deren Forderungen durch ein in der Schweiz gelegenes Pfand gesichert oder privilegiert sind.

7 Ernennung des Liquidators

(39) Eröffnet die EBK über eine Gesellschaft den Konkurs, ernennt sie in Anwendung von Art. 33 Abs. 2 BankG einen oder mehrere Konkursliquidatoren, die unter ihrer Aufsicht stehen.

(40) Der Konkursliquidator muss über die notwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen und ist vorzugsweise mit den lokalen Besonderheiten am Konkursort vertraut. Die EBK ernennt deshalb X, Zug, als Konkursliquidator für den vorliegenden Hilfskonkurs. Er ist für die Durchführung des Konkursverfahrens hinreichend qualifiziert, kennt die lokalen Gegebenheiten und gibt die Gewähr, dass die Konkursliquidation mit der erforderlichen Unabhängigkeit, Sorgfalt und Fachkenntnis ausgeführt wird.

(41) Um eine gewisse Flexibilität und ein zeitlich adäquates Handeln im Konkursverfahren zu gewährleisten, wird an das Sekretariat der EBK die Befugnis delegiert, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Konkursverfahrens notwendigen Verfügungen zu treffen und für dessen Ablauf Anweisungen zu geben.

8 Sofortige Vollstreckung

(42) In Anwendung von Art. 39 Bst. b VwVG i. V. m. Art. 111 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110) kann die EBK die sofortige Vollstreckung einer Verfügung anordnen. Die Konkureröffnung und die damit verbundenen Wirkungen bezwecken den generellen Schutz der Gläubiger. Insbesondere soll die Gleichbehandlung der Gläubiger gewährleistet sowie eine Verminderung des Schuldnervermögens und damit die zusätzliche Gefährdung der Gläubigerinteressen verhindert werden. Die mit der Konkureröffnung verbundenen Wirkungen und Massnahmen müssen sofort greifen, um ihren Zweck verwirklichen zu können. Analog der Konkureröffnung gemäss SchKG, die von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar ist und der die aufschiebende Wirkung in strenger Praxis nur zurückhaltend bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen erteilt wird (Art. 36 und 174 SchKG; vgl. auch Giroud, Basler Kommentar, 1998, N 29 zu Art. 174 SchKG), ist die vorliegende Verfügung mit sofortiger Wirkung zu vollstrecken.

(...)

Massnahmen der EBK: Anerkennung des Beschlusses des Amtsgerichts Frankfurt a.M. vom 26. September 2002 betreffend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A&A Actienbank in der Schweiz; Konkureröffnung; Einsetzen des Konkursverwalters; Festlegung des Konkursortes; Aufnahme aller Gläubiger im In- und Ausland in den Konkursplan, soweit deren Forderungen durch ein in der Schweiz gelegenes Pfand gesichert oder privilegiert sind; Publikation der Anerkennung; Ermächtigung des Sekretariats der Bankenkommission, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Konkursverfahrens notwendigen Verfügungen

zu treffen und Anweisungen zu dessen Ablauf zu geben; sofortige Vollstreckbarkeit.

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 26. Oktober 2005 i.S. Kentex AG

Ungenügende Mitwirkung, Beweiswürdigung (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i. V. m. Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG, Art. 61 Abs. 1 AFG bzw. Art. 35 Abs. 2 BEHG); unerlaubter Effektenhandel (Art. 2 Bst. d, Art. 10 und 34 BEHG, Art. 3 Abs. 5 BEHV); unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG, Art. 3a Abs. 2 BankV); Konkureröffnung (Art. 25 Abs. 1, Art. 33 Abs. 1 BankG i. V. m. Art. 36a BEHG, Art. 2 Bst. c BKV)

- 1 Die von den Abklärungen der EBK betroffene Gesellschaft, welche eine möglicherweise bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt, trifft eine Mitwirkungspflicht. Kommt die betroffene Gesellschaft dieser Mitwirkungspflicht nicht oder nur mangelhaft nach, so hat die EBK gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen zu entscheiden. Die EBK darf dabei der verweigerten oder ungenügenden Mitwirkung im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung tragen (Ziff. 1).
- 2 Zuständigkeit der EBK zur Anordnung von Massnahmen bei unerlaubtem Effektenhandel sowie unerlaubter Entgegennahme von Publikumseinlagen (Ziff. 2 ff.).
- 3 Konkureröffnung als Massnahme, wenn die betroffene Gesellschaft unerlaubt eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübt und zugleich überschuldet ist (Ziff. 6 ff.).

Collaboration insuffisante, appréciation des preuves (art. 13 al. 1 let. c PA en relation avec art. 23^{bis} al. 2 LB, art. 61 al. 1 LFP resp. art. 35 al. 2 LBVM); négoce de valeurs mobilières sans autorisation (art. 2 let. d, art. 10 et 34 LBVM, art. 3 al. 5 OBVM); acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB, art. 3a al. 2 OB); ouverture de faillite (art. 25 al. 1, art. 33 al. 1 LB en relation avec art. 36a LBVM, art. 2 let. c OFB)

- 1 La société qui fait l'objet d'une enquête de la CFB parce que son activité pourrait être soumise à autorisation est tenue de collaborer à la constatation des faits. Si ladite société ne satisfait pas, ou seulement de façon lacunaire, à son obligation de collaboration, la CFB peut décider sur la base des informations qui sont en sa possession. Dans le cadre de l'appréciation des preuves, la CFB est en droit de prendre en considération le refus de collaborer (ch. 1).
- 2 Compétence de la CFB pour prononcer des mesures en cas de négoce de valeurs mobilières sans autorisation et d'acceptation illicite de dépôts du public (ch. 2 ss).
- 3 Ouverture de la faillite comme mesure, lorsque la société concernée exerce de manière illicite une activité soumise à autorisation et est en outre surendettée (ch. 6 ss).

Collaborazione insufficiente, apprezzamento delle prove (art. 13 cpv. 1 lett. c PA in relazione con art. 23^{bis} cpv. 2 LBCR, art. 61 cpv. 1 LFI risp. art. 35 cpv. 2 LBVM); commercio di valori mobiliari senza autorizzazione (art. 2 lett. d, art. 10 e 34 LBVM; art. 3 cpv. 5 OBVM); accettazione illecita di deposito del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR; art. 3a cpv. 2 OBKR); apertura del fallimento (art. 25 cpv. 1, art. 33 cpv. 1 LBCR in relazione con art. 36a LBVM, art. 2 lett. c OFB)

- 1 La società che è oggetto di un'inchiesta della CFB perché la sua attività potrebbe essere sottoposta ad autorizzazione è tenuta a collaborare alla costatazione dei fatti. Se la società interessata non soddisfa o soddisfa solamente in modo lacunoso il suo obbligo di collaborazione, la CFB può decidere sulla base delle informazioni che sono in suo possesso. Nel quadro dell'apprezzamento delle prove, la CFB ha il diritto di prendere in considerazione il rifiuto di collaborare (cifra 1).
- 2 Competenza della CFB per pronunciare dei provvedimenti in caso di commercio di valori mobiliari senza autorizzazione e d'accettazione illecita di depositi del pubblico (cifre 2 ss).
- 3 Apertura del fallimento come provvedimento, allorquando la società interessata esercita in maniera illecita un'attività sottoposta ad autorizzazione ed inoltre risulta oberata da debiti (cifre 6 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Kentex AG (nachstehend «Kentex») gibt als hauptsächlichen statutarischen Zweck den «Handel mit Textilien, Kleidern und Schuhen so-

wie allgemein Artikeln aus dem Bereich «Non Food» an. Als einziges Verwaltungsratsmitglied ist D. eingetragen.

Die Kentex hat im Internet «eine vielfältige Palette» von Finanzprodukten angeboten. So sei sie «führend im Soft Commodity-Markt... und eine der drei grössten Firmen an der LME und der Finanzterminbörse» und biete u. a. «erstklassige Broker-Dienste» an. Weiter wurde für den Handel in Devisen, Terminkontrakten, Metallen sowie ausserbörslichen Derivaten geworben. Dabei wurde eine Vielzahl von Börsen, darunter auch Aktienbörsen, zu welchen Kentex «Zugang» habe, aufgeführt.

Die EBK stellte der Kentex einen Fragebogen zur Geschäftstätigkeit zu, um die (Finanz-) Tätigkeit der Kentex abzuklären. Im Begleitschreiben zum auf Fristerstreckung und Mahnung hin eingereichten Fragebogen gab D. wie zuvor telefonisch an, der Aktienmantel der Kentex sei vor einem Jahr vollständig von A. erworben worden, worauf der Name und der Zweck der Firma geändert worden seien. A. habe angegeben, mit textilen Restposten handeln zu wollen. Im Verlauf der Zeit seien nun auf den beiden Konti der Kentex bei der Bank X Gelder von Privatpersonen eingegangen und danach teils bar abgehoben worden. A. habe auf Nachfrage mitgeteilt, dass es sich bei den Zahlungseingängen um Darlehen von Privatpersonen zur Finanzierung der Textilgeschäfte der Kentex handle. Ein «Darlehensgeber» habe ihm, D., allerdings auf Nachfrage hin erklärt, dass es sich beim einbezahlten Geld um eine Anlage handle. A. jedoch habe auf erneute Rückfrage hin behauptet, nichts davon zu wissen. Auf weitere Rückfrage hin seien ihm, D., schliesslich Darlehensverträge unterbreitet worden, welche jedoch «getürkt» gewesen seien. Daraufhin habe er die Firmenkonti der Kentex bei der Bank X saldiert, um zu verhindern, dass weitere Gelder ein-

gehen würden. Den Restsaldo habe er auf ein Konto transferiert, für das nur er zeichnungsberechtigt sei.

Während ihrer Abklärungen erhielt die EBK zudem Beschwerde eines Kunden, worin dieser mitteilte, der Kentex – nach Anrufen mehrerer Vertreter derselben – Gelder in bar zur Anlage in Wertschriften anvertraut zu haben. Die Rückzahlungstermine seien mittlerweile erreicht oder bereits überschritten, doch der Kontakt zu den verschiedenen Kentex-Vertretern sei abgebrochen. Den eingereichten Auszügen sowie Bestätigungen der Kentex zufolge führte diese für den Kunden bei sich ein Effektendepot sowie ein Währungskonto. Übereinstimmend sind den Kontoauszügen zufolge die einbezahlten Gelder in verschiedene Aktientitel investiert worden.

Bereits die Auszüge zu den beiden saldierten Konti der Kentex bei der Bank X liessen auf rund zwanzig Anlagekunden schliessen. Hinzu kam zumindest der erwähnte Kunde, welcher sein Geld bar übergeben hatte. Angesichts der von der Kentex betriebenen Internet- und Telefon-Werbung (Letzteres durch verschiedene Vertreter der Kentex) sowie der Möglichkeit der Bargeldübergabe war davon auszugehen, dass weitere, vorliegend nicht bekannte Kundenanlagen bestanden. Es war mithin von mehr als zwanzig Anlagekunden auszugehen.

[Überschuldung der Kentex AG]

Aus den Erwägungen

1 Ungenügende Mitwirkung

(1) Die Kentex war gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) und Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG, Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds (AFG; SR 954.31) bzw. Art. 35 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG; SR 954.1) zur Mitwirkung und Auskunft verpflichtet. Ihrer Auskunftspflicht ist sie insoweit ungenügend nachgekommen, als dass das einzige Mitglied des Verwaltungsrates, als Vertreter der Gesellschaft – nach mehreren Mahnungen und Fristerstreckungen – zwar Auskunft erteilte, aber über die wahre Geschäftstätigkeit seiner Gesellschaft kaum Angaben machen konnte bzw. darüber nach eigenen Angaben zunächst gar nicht informiert war. Diesen internen Informationsmangel hat sich die Kentex anrechnen zu lassen. Erst recht müsste sie sich eine allenfalls nur vorgetäuschte Unwissenheit ihres Verwaltungsrates anlasten lassen. Die EBK muss somit aufgrund der ihr vorliegenden Informationen entscheiden, wobei sie der ungenügenden Information durch die Kentex bei der Beweiswürdigung Rechnung tragen darf (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 1994 i. S. Kings Club, veröffentlicht in EBK-Bulletin 25/1994, S. 11 ff.).

2 Zuständigkeit der EBK

(2) Als Effekthändler im Sinne von Art. 2 Bst. d BEHG gelten u. a. Kundenhändler, welche definitionsgemäss gewerbsmässig in eigenem Namen für Rechnung von Kunden mit Effekten handeln und entweder selber oder bei Dritten für diese Kunden Konten zur Abwicklung des

Effektenhandels führen oder Effekten dieser Kunden bei sich oder in eigenem Namen bei Dritten aufbewahren (Art. 3 Abs. 5 der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel; BEHV; SR 954.11; s. auch Rz. 49 des Rundschreibens der Eidg. Bankenkommision vom 1. Juli 1998 [EBK-RS 98/2]). Das Kriterium der Gewerbsmässigkeit bedeutet im Fall des Kundenhändlers, dass direkt oder indirekt für mehr als zwanzig Kunden Konti geführt oder Effekten aufbewahrt werden (Rz. 49 EBK-RS 98/2). Wer als Effektenhändler tätig werden will, bedarf einer Bewilligung der Eidg. Bankenkommision (Art. 10 i. V. m. Art. 34 BEHG).

(3) Wie die Würdigung der Kundenbeschwerde mit den eingereichten Anlageverträgen, des Internetauftritts sowie der Auszüge der vormaligen Firmenkonti der Kentex ergeben hat, handelt die Kentex in eigenem Namen, jedoch auf Kundenrechnung für mehr als zwanzig Kunden mit Effekten. Sie führt für diese Kunden bei sich Konti. Die Kentex betätigt oder betätigte sich damit zumindest bis vor kurzem als Kundenhändlerin im Sinne des Börsengesetzes, ohne über die dafür notwendige Bewilligung zu verfügen.

(4) Zudem nimmt die Kentex im Sinne von Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) unerlaubt Publikumseinlagen entgegen. Nach der erwähnten Vorschrift dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt (Art. 3a Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen [BankV; SR 952.02]). Die in Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV aufgeführten Ausnahmen von diesem Verbot sind vorliegend nicht anwendbar. Insbesondere ist die Ausnahmebestimmung von Art. 3a

Abs. 3 Bst. c BankV für unverzinsliche Habensaldi bei Abwicklungs-konti von Effekthändlern nicht anwendbar, da die Kentex, soweit die entsprechenden Unterlagen nachvollziehbar sind, ihren Kunden Zin-sen ausrichtete bzw. zumindest gutgeschrieben hat.

(5) Aufgrund der Unterstellung unter das Börsengesetz sowie das Bankengesetz ist die EBK für die Anordnung der notwendigen Mass-nahmen zuständig.

3 Massnahme: Konkursöffnung

(6) Die EBK kann die gesetzlich vorgesehenen Mittel bereits gegenüber Instituten oder Personen einsetzen, deren Unterstellungs- bzw. Bewil-ligungspflicht (noch) umstritten ist (BGE 2A.399/2004 und 2A.466/2004 v. 24. März 2005 i. S. Klaro GmbH, s. EBK Bulletin 47/2005, S. 37 ff., 49 f.; BGE 130 II 351 ff., 354 E. 2.1 m. w. H.). Vorliegend fällt als allfällige Massnahme die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung in Anbetracht einerseits der finanziellen und organisatorischen Verhält-nisse der Kentex und andererseits der gesetzlichen Anforderungen an Organisation, Verhalten und Eigenmittel von vornherein ausser Be-tracht.

(7) Besteht bei einem in den Aufsichtsbereich der EBK fallenden Unternehmen begründete Besorgnis einer Überschuldung oder ernst-hafter Liquiditätsprobleme, so hat die EBK die notwendigen Insol-venzmassnahmen und -verfahren anzuordnen (Art. 25 Abs. 1 BankG i. V. m. Art. 36a BEHG, Art. 2 Bst. c Verordnung der Eidg. Bankenkom-mission zum Konkurs von Banken und Effekthändlern [BKV; SR 952.812]). Dabei eröffnet die EBK zwingend den Konkurs, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nicht gegeben sind und keine Aussicht

auf eine Sanierung besteht (Art. 33 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 36a BEHG). Bei Vorliegen begründeter Besorgnis einer Überschuldung ergibt sich die Pflicht zur Konkursöffnung bei fehlender Aussicht auf Sanierung auch aus den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Art. 725a Abs. 1 Obligationenrecht [OR; SR 220]). In Art. 191 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) ist zudem fehlende Liquidität als eigenständiger Konkursgrund vorgesehen.

(8) Ziel eines Sanierungsverfahrens nach Art. 28 ff. BankG i.V.m. Art. 36a BEHG ist, dass die betroffene Unternehmung ihre bewilligungspflichtige Tätigkeit weiterführen kann. Damit ist aber die Einleitung eines Sanierungsverfahrens und die Prüfung der Sanierungschancen nach dem klaren Willen des Gesetzgebers vorweg ausgeschlossen, u. a. wenn eine Bewilligung bisher gar nie erteilt wurde und auch nicht erteilt werden kann (vgl. BBl 2002 S. 8085; BGE 2A.399/2004 und 2A.466/2004 vom 24. März 2005, Erw. 4.1.3, EBK Bulletin 47/2005, S. 37 ff., 59).

(9) Die Kentex ist offenkundig überschuldet und es fehlt ihr die notwendige Liquidität, um den offenen Verpflichtungen nachzukommen. Die Kundengelder sind höchstwahrscheinlich grösstenteils nicht mehr vorhanden. Da ein Sanierungsverfahren angesichts der erwähnten fehlenden Bewilligungsfähigkeit ausgeschlossen ist, hat die EBK über die Kentex in Anwendung von Art. 33 Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 36a BEHG den Konkurs zu eröffnen.

4 Einsetzung eines Konkursliquidators

(10) Eröffnet die EBK über eine Gesellschaft den Konkurs, ernennt sie einen oder mehrere Konkursliquidatoren, die unter ihrer Aufsicht stehen (Art. 33 Abs. 2 BankG und Art. 11 BKV i.V.m. Art. 36a BEHG). Die Y. AG ist für die Durchführung des Konkursverfahrens hinreichend qualifiziert und bietet Gewähr, dass die Konkursliquidation mit der erforderlichen Unabhängigkeit, Sorgfalt und Fachkenntnis durchgeführt wird. Die Y. AG wird deshalb als Konkursliquidatorin eingesetzt.

(11) Um eine gewisse Flexibilität und ein zeitlich adäquates Handeln im Konkursverfahren zu gewährleisten, wird an das Sekretariat der EBK die Befugnis delegiert, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Konkursverfahrens notwendigen Verfügungen zu treffen und Anweisungen zu dessen Ablauf zu geben.

5 Sofortige Vollstreckung

(12) In Anwendung von Art. 39 Bst. b VwVG i. V. m. Art. 111 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) kann die EBK die sofortige Vollstreckung einer Verfügung anordnen. Die Konkurseröffnung und die damit verbundenen Wirkungen bezwecken den generellen Schutz der Gläubiger. Insbesondere soll die Gleichbehandlung der Gläubiger gewährleistet sowie eine Verminderung des Schuldnervermögens und damit die zusätzliche Gefährdung der Gläubigerinteressen verhindert werden. Die mit der Konkurseröffnung verbundenen Wirkungen und Massnahmen müssen sofort greifen, um ihren Zweck verwirklichen zu können. Wird hingegen der Konkurs eröffnet, richtet sich das Konkursliquidationsverfahren nach klaren Regeln, die voreilige «Verwertungs- und Liquidations-

handlungen» gerade ausschliessen. Analog der Konkursöffnung gemäss SchKG, die von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar ist und der die aufschiebende Wirkung in strenger Praxis nur zurückhaltend bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen erteilt wird (Art. 36 und 174 SchKG; vgl. auch R. Giroud, Kommentar zu Art. 171–176 SchKG, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel etc. 1998, N 29 zu Art. 174 SchKG), sind die Ziffern 2 bis 11 des Dispositivs der vorliegenden Verfügung mit sofortiger Wirkung zu vollstrecken. Bis zur Rechtskraft dieser Verfügung hat der Konkursliquidator jedoch Verwertungshandlungen auf sichernde und werterhaltende Massnahmen im In- und Ausland zu beschränken.

(...)

Massnahmen der EBK: Feststellung des unerlaubten Effektenhandels sowie der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen; Konkursöffnung samt Publikation; Einsetzung des Konkursliquidators; Anordnung der sofortigen Vollstreckung unter Beschränkung von Verwertungshandlungen auf werterhaltende Massnahmen bis Eintritt Rechtskraft.

Décision du Président de la Commission fédérale des banques du 9 novembre 2005 dans la cause banque X

Surendettement (art. 25 al. 1 LB); engagements contractés lors de mesures protectrices (art. 37 LB et art. 32 OFB)

- 1 Selon l'art. 25 al. 1 LB, la CFB peut déjà prononcer des mesures en cas de risque d'insolvabilité lorsque seul le bilan aux valeurs de liquidation montre un surendettement alors que le bilan aux valeurs de continuation d'exploitation laisse apparaître un excédent (ch. 8).
- 2 Tant les avoirs des nouveaux clients, les nouveaux apports des clients existants que les autres engagements pris par une banque après le prononcé des mesures protectrices de l'art. 26 al. 1 let. e à h LB sont traités, en cas de faillite, comme des dettes de masse (ch. 15).

Überschuldung (Art. 25 Abs. 1 BankG); während Schutzmassnahmen eingegangene Verbindlichkeiten (Art. 37 BankG, Art. 32 BKV)

- 1 Nach Art. 25 Abs. 1 BankG kann die EBK bei bestehender Insolvenzgefahr auch bereits dann Schutzmassnahmen anordnen, wenn die Liquidationsbilanz eine Überschuldung, die Fortführungsbilanz jedoch einen Überschuss ausweist (Ziff. 8).
- 2 Vermögen neuer Kunden, neue Einlagen bestehender Kunden und weitere von der Bank eingegangene Verbindlichkeiten, welche nach der Anordnung der Schutzmassnahmen nach

Art. 26 Abs. 1 Bst. e bis h BankG eingegangen wurden, sind im Fall eines Konkurses als Massaverpflichtungen zu behandeln (Ziff. 15).

Eccedenza di debiti (art. 25 cpv. 1 LBCR); impegni contratti al momento della decisione delle misure di protezione (art. 37 LBCR e 32 OFB)

- 1 Secondo l'art. 25 cpv. 1 LBCR, la CFB può pronunciare delle misure in caso di rischio d'insolvenza già nel momento in cui il bilancio ai valori di liquidazione indica un eccesso di debiti e anche se il bilancio ai valori di continuazione della gestione lascia emergere un'eccedenza (cifra 8).
- 2 Sia gli averi dei nuovi clienti, i nuovi apporti dei clienti esistenti, che gli altri impegni presi da una banca dopo la decisione di misure di protezione previste dall'art. 26 cpv. 1 lett. e fino ad h LBCR sono trattati, in caso di fallimento, come degli impegni della massa (cifra 15).

Résumé des faits

Ensuite de difficultés organisationnelles graves rencontrées par la banque X, la Commission fédérale des banques (CFB) lui a retiré son autorisation d'exercer une activité de banque et de négociant en valeurs mobilières. Compte tenu toutefois de la situation financière de la banque et des qualités de gestion montrées par la direction, la CFB a reporté l'exécution de sa décision pour permettre à la banque de se réorganiser. Parallèlement, la CFB a nommé un chargé d'enquête pour

vérifier le respect des dispositions légales ainsi que la préservation des intérêts des créanciers.

Le 1^{er} rapport rendu par le chargé d'enquête a montré que la banque était surendettée si son bilan était établi aux valeurs de liquidation alors que son bilan établi aux valeurs de continuation d'exploitation laissait apparaître un excédent de fonds propres.

Extraits des considérants

(6) La CFB est l'autorité administrative fédérale chargée de la surveillance des banques et des négociants en valeurs mobilières (art. 23 LB). A ce titre, la CFB prend les mesures nécessaires à l'application de la loi sur les banques, respectivement de la loi sur les bourses ainsi que de leurs dispositions d'exécution et veille également au respect des prescriptions légales et réglementaires (art. 23^{bis} LB et art. 35 al. 1 LBVM). L'un des objectifs principaux qui sous-tend l'activité de la CFB est la protection des avoirs des clients auprès des établissements soumis à sa surveillance (FF 1934 I 176; www.ebk.ch/f/ebk/ziele/index.html).

(7) La CFB est compétente pour prendre les mesures prévues par les art. 25 ss LB contre un établissement autorisé qui connaît des problèmes d'insolvabilité au sens de l'art. 25 LB. Par problèmes d'insolvabilité, l'art. 25 LB entend trois situations: il faut qu'il existe des raisons sérieuses de craindre un surendettement d'une banque, que celle-ci connaisse des problèmes de liquidités importants ou encore qu'elle ne parvienne plus à satisfaire aux prescriptions légales concernant les fonds propres. En d'autres termes, les créanciers doivent courir un risque en raison de la situation financière de la banque (FF 2002 7496).

(8) En l'espèce, le bilan de la banque établi aux valeurs de liquidation laisse apparaître un surendettement. Tel n'est pas le cas du bilan aux valeurs d'exploitation. Alors que l'art. 725 al. 2 CO (au demeurant non applicable en l'espèce vu l'art. 25 al. 3 LB) ne prévoit l'intervention du juge que lorsque le surendettement est constaté aux valeurs d'exploitation comme aux valeurs de liquidation, la loi sur les banques permet l'intervention de la CFB dès que des «*circonstances particulières permettent de conclure à l'existence ou à la survenue prochaine d'un surendettement; la preuve formelle du surendettement n'est pas nécessaire.*» (FF 2002 7496). En d'autres termes, la CFB peut prononcer des mesures déjà lorsque, comme en l'espèce, le bilan aux valeurs de liquidation laisse apparaître un surendettement alors que tel n'est pas le cas aux valeurs d'exploitation.

(...)

(13) Reste ainsi à examiner quelles sont les mesures protectrices que peut prendre la CFB selon l'art. 26 LB pour assurer l'égalité de traitement des créanciers tout en permettant à la banque une poursuite de son activité, poursuite qui est dans l'intérêt des créanciers actuels. En l'état, selon la décision de la CFB du (...), la banque doit soumettre pour accord au chargé d'enquête tous les actes juridiques et transactions dès (...) ainsi que tous ceux entre la banque et ses administrateurs. S'agissant d'une mesure limitant l'activité de la banque, celle-ci doit être confirmée selon l'art. 26 al. 1 let. e LB, dès lors qu'elle atteint le but recherché c'est-à-dire assurer l'égalité de traitement des créanciers tout en permettant à la banque de poursuivre son activité.

(14) En outre, de manière à assurer la conservation des actifs de la banque dans la perspective d'une éventuelle future liquidation, celle-ci

doit se voir interdire sans l'accord du chargé d'enquête, en application de l'art. 26 al. 1 let. e LB, d'effectuer des transactions pour son propre compte, que ce soit sur des valeurs mobilières au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LBVM ou sur des immeubles au sens de l'art. 655 CC. De cette manière, le risque que les actifs participant au remboursement des créanciers en cas de liquidation soient engagés ou ne soient plus disponibles diminue.

(15) Le prononcé de ces mesures protectrices a pour effet, selon l'art. 37 LB, qu'en cas de faillite, les engagements que la banque était habilitée à contracter durant leur période d'exécution sont honorés avant toutes les autres créances. Ainsi, tant les avoirs des nouveaux clients, les nouveaux apports des clients existants que les autres engagements pris par la banque après le prononcé des mesures protectrices selon l'art. 26 al. 1 let. e LB seraient couverts en cas de faillite de la banque comme dettes de la masse (art. 32 OFB).

(16) Cela permet d'une part à la banque de poursuivre son activité de manière sereine dans le but qui lui a été fixé par la décision de la CFB du (...). Ce but, on l'a vu ci-dessus, correspond à l'intérêt de tous les créanciers actuels de la banque puisqu'il permet une conservation des actifs de celle-ci aux valeurs de continuation d'exploitation.

(17) D'autre part, sans préteriter les droits des créanciers actuels, puisque les avoirs auxquels ils peuvent prétendre en cas de faillite ne sont pas diminués par ces mesures, celles-ci permettent à la banque de ne pas mettre en péril d'entrée de cause de nouveaux engagements, par exemple, les avoirs confiés par de nouveaux clients.

(18) En raison des conséquences, en cas de faillite, sur les engagements que la banque est autorisée à contracter durant la période d'exécution des mesures protectrices (art. 37 LB), celles-ci doivent prendre effet à un moment permettant de distinguer aisément les engagements pris avant de ceux pris après leur prononcé. Au vu de l'activité de la banque sur différents marchés (...), l'entrée en vigueur des mesures protectrices à l'issue d'un week-end paraît adéquat pour que celles-ci trouvent application partout dans la même mesure. En outre, cela permet à la banque le cas échéant de prendre les mesures techniques, en particulier informatiques, nécessaires à la séparation desdits engagements.

(...)

(22) La Commission est normalement compétente pour rendre la présente décision (art. 9 al. 1 R-CFB). Dans la mesure toutefois où elle revêt une urgence certaine et qu'une séance de la Commission n'est pas prévue avant deux semaines, le Président prendra la présente décision, sur proposition du directeur du Secrétariat (art. 9 al. 2 R-CFB).

Mesures prises par la CFB: prononcé de mesures protectrices selon l'art. 26 al. 1 let. e LB (limitation de l'activité de la banque).

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 24. November 2005 i.S. Pro Futura Gruppe

Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 1 Abs. 2 BankG); Anwendbarkeit des Bankengesetzes auf Gruppengesellschaften sowie auf faktische Zweigniederlassungen in der Schweiz (Art. 1 Abs. 2 ABV)

- 1 Das Bankengesetz ist unter gewissen Umständen auf alle Gesellschaften einer Unternehmensgruppe anwendbar, auch wenn nicht alle dieser Gruppengesellschaften selber unmittelbar gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen haben (Ziff. 20 ff.).
- 2 Dem Verbot der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen unterliegen auch faktische Zweigniederlassungen, das heisst Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, in der Schweiz jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung gegründet zu haben (Ziff. 23 ff.).

Acceptation illicite de dépôts du public (art. 1 al. 2 LB); application de la loi sur les banques aux sociétés de groupe et aux succursales de fait en Suisse (art. 1 al. 2 OBE)

- 1 A certaines conditions, la loi sur les banques est applicable à toutes les sociétés d'un groupe, même si ces sociétés n'ont pas toutes elles-mêmes directement accepté des dépôts du public à titre professionnel (ch. 20 ss).

- 2 L'interdiction de l'acceptation de dépôts du public concerne également les succursales de fait, c'est-à-dire les comptoirs de sociétés organisées selon le droit étranger et qui ont leur siège principal à l'étranger mais qui exercent en Suisse une activité soumise à autorisation sans avoir constitué de manière formelle une succursale en Suisse (ch. 23 ss).

Accettazione illecita di depositi del pubblico (art. 1 cpv. 2 LBCR); applicazione della legge sulle banche alle società dei gruppi e alle succursali di fatto in Svizzera (art. 1 cpv. 2 OBE)

- 1 A certe condizioni, la legge sulle banche è applicabile a tutte le società di un gruppo, anche se non tutte le società hanno accettato direttamente depositi del pubblico a titolo professionale (ch. 20 ss).
- 2 Il divieto dell'accettazione di depositi del pubblico concerne anche le succursali di fatto, cioè gli uffici di società che sono organizzati secondo il diritto estero e che hanno la loro sede principale all'estero ma che esercitano in Svizzera un'attività sottoposta ad autorizzazione senza aver costituito formalmente una succursale in Svizzera (ch. 23 ss).

Sachverhalt (Zusammenfassung)

Die Pro Futura Gruppe hat über ihre Gruppengesellschaften ein sogenanntes «Beteiligungsprogramm» angeboten. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der «Beitrittserklärung Projektpartner/

Typisch stiller Gesellschafter» («AGB») konnten sich Anleger gegen eine Mindesteinlage von EUR 10 000 als sogenannte «stille Gesellschafter» an der PFI Pro Futura Invest beteiligen. Aufgrund unpräziser Angaben in den AGB ist unklar, ob die Anleger den Vertrag betreffend Mindesteinlage mit der PFI Schweiz oder der PFI Liechtenstein abgeschlossen haben: Im Ingress der Allgemeinen Bedingungen in der Version vom September 2005 ist als Adresse der PFI Pro Futura Invest AG die Staldenbachstrasse 30, CH-8808 Pfäffikon SZ angegeben. Die Firmenbezeichnung deutet somit auf die PFI Liechtenstein, die Adresse indes auf die PFI Schweiz hin. In den Unterlagen zum Beteiligungsprogramm ist jeweils von der «PFI AG» die Rede. Die unpräzisen Angaben hatten unter anderem auch zur Folge, dass einzelne Kunden ihre Einlagen auf Konten verschiedener Gruppengesellschaften einbezahlt haben.

Nach Ablauf der vereinbarten Mindestlaufzeit von 3, 6 oder 10 Monaten, das heisst nach Ablauf der Zurverfügungstellung des Betrags von mindestens EUR 10 000, konnten die Anleger die Vereinbarung mit der PFI Schweiz resp. der PFI Liechtenstein kündigen und den geleisteten Betrag zurückverlangen. Vorbehalten war zudem eine vorzeitige ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen. Je nach Mindestlaufzeit wurde den Anlegern ein Mindestgewinn von 6%, 12% oder 24% garantiert. Die Anleger konnten zwar an der Gesellschafterversammlung der «PFI AG» teilnehmen, verfügten jedoch nur in abschliessend aufgeführten Ausnahmefällen über ein Mitspracherecht («Stimmrecht»).

Die Beteiligungsprogramme wurden durch verschiedene Vermittler angeboten, welche interessierte Anleger an die PFI Schweiz weiterleiteten. Geworben wurde für die Programme insbesondere auch über die

Website der Pro Futura Gruppe. Die eigentliche «Zentrale» der Pro Futura Gruppe war die PFI Schweiz, bei der die Drähte der Aktivitäten der Gruppe zusammenliefen und von deren Geschäftssitz aus die Geschäfte geführt worden sind. In den Räumlichkeiten der PFI Schweiz wurden insbesondere die Kundengespräche geführt, die Verträge betreffend die Beteiligungsprogramme unterzeichnet und die Bankkonten der Gruppengesellschaften bewirtschaftet. Zudem befand sich auch das Sekretariat der Pro Futura Gruppe am Sitz der PFI Schweiz. Einbezahlt wurden die entgegengenommenen Gelder überwiegend auf Konten lautend auf die PFI Liechtenstein.

Die operativen Tätigkeiten der Pro Futura Gruppe gingen somit ausschliesslich von der PFI Schweiz und der PFI Liechtenstein aus und wurden am Sitz der PFI Schweiz abgewickelt. Die übrigen Gruppengesellschaften hatten weder eigenes Personal noch eigene Büroräumlichkeiten und dienten lediglich dazu, Bankkonten, Adressen und Telefonnummern zu halten.

Die Pro Futura Gruppe nahm über ihr «Beteiligungsprogramm» gegen EUR 15 Millionen von mindestens 300 Anlegern entgegen, wovon ca. EUR 2,5 Millionen von ca. 50 Kunden aus der Schweiz, ca. EUR 10–12 Millionen von mindestens 250 Kunden aus Deutschland, ca. EUR 400 000 von 10–20 Kunden aus Österreich und ca. EUR 150 000 von vermutlich 4 Kunden aus den Vereinigten Staaten von Amerika. Die entgegengenommenen Gelder wurden teilweise für Rendite- und Kapitalrückzahlungen, teilweise für die Begleichung privater und geschäftlicher Aufwendungen verwendet. Die PFI Schweiz und die PFI Liechtenstein sind Gruppengesellschaften der PFI Gruppe, welche mittels eines sogenannten Beteiligungsprogramms ca. EUR 15 Millionen von mindestens 300 Anlegern entgegengenommen hat.

Aus den Erwägungen

Tätigkeiten der Pro Futura Gruppe

(...)

(14) Der Einlagecharakter der von der Pro Futura Gruppe über die PFI Schweiz und die PFI Liechtenstein entgegengenommenen Gelder ergibt sich insbesondere aus § 22 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beitrittserklärung der Pro Futura Gruppe, wonach dem Anleger nach vertragsgemässer Beendigung seiner Beziehung mit der Pro Futura Gruppe eine «Abfindung mindestens in Höhe der geleisteten Einlage» zusteht. Für die Qualifizierung der Gelder als Einlagen spricht zudem auch der den Anlegern in § 13 Abs. 3 AGB je nach Mindestlaufzeit der Anlage garantierte «Mindestgewinn» von 6%, 12% oder 24%. Ausnahmen gemäss Art. 3a Abs. 3 BankV fallen vorliegend ausser Betracht.

(15) Indem die Pro Futura Gruppe über ihre beiden operativ tätigen Gesellschaften PFI Schweiz und PFI Liechtenstein Einlagen von insgesamt mehr als 300 Anlegern entgegengenommen hat, ist auch das Erfordernis der Gewerbsmässigkeit zweifellos erfüllt.

(16) Die Pro Futura Gruppe hat zur Kundengewinnung für ihr sogenanntes Beteiligungsprogramm mit Vermittlern zusammengearbeitet und auf der Website für das Beteiligungsprogramm geworben. Dies ist gemäss Art. 3 Abs. 1 BankV als unerlaubte Werbung zur Entgegennahme von Publikumseinlagen zu qualifizieren.

Einzelbeurteilung der Gruppengesellschaften

(17) Grundsätzlich ist das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen nur auf Gesellschaften anwendbar, die in eigenem Namen gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen und dafür werben.

(18) Vorliegend ist aufgrund des gemeinsamen Vorgehens der PFI Schweiz und der PFI Liechtenstein zwar unklar, welche der beiden operativ tätigen Gruppengesellschaften in welchem Umfang Verpflichtungen gegenüber den Anlegern eingegangen ist. Die Bankauszüge der Bank T belegen indes, dass die PFI Liechtenstein zweifellos Gelder von weit mehr als 20 Kunden angenommen hat. Aufgrund der Ausrichtung der PFI Schweiz, der öffentlichen Werbung bezüglich Annahme von Einlagen sowie der Gesamtsumme der insgesamt durch die Gruppe entgegengenommenen Gelder steht sodann fest, dass auch die PFI Schweiz gegen die Verbote der Entgegennahme von Publikumseinlagen und der öffentlichen Empfehlung dafür verstossen hat.

(19) Bereits eine Einzelbeurteilung der beiden operativ tätigen Gruppengesellschaften führt somit zum Schluss, dass sowohl die PFI Schweiz als auch die PFI Liechtenstein ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen gemäss Art. 3a BankV entgegengenommen und gemäss Art. 3 Abs. 1 BankV Werbung dafür betrieben haben.

Gesamtbeurteilung der Gruppengesellschaften

(20) Zudem ist gemäss Praxis der Eidg. Bankenkommission das Bankengesetz unter Umständen auf alle Gesellschaften einer Gruppe anwendbar, auch wenn nicht alle dieser Gruppengesellschaften Publikumseinlagen entgegengenommen haben. Dies ist dann der Fall, wenn

mehrere Gesellschaften einer gleichen Gruppe angehören, bei der eine derart enge wirtschaftliche Verflechtung besteht, dass die Gruppe als eine wirtschaftliche Einheit behandelt werden muss und in Bezug auf die Entgegennahme von Publikumseinlagen aufsichtsrechtlich einheitlich zu beurteilen ist.

(21) Aus den nachfolgenden Gründen sind die PFI Schweiz und die PFI Liechtenstein bezüglich ihrer Aktivitäten und somit bezüglich der Entgegennahme von Publikumseinlagen aufsichtsrechtlich als Einheit zu betrachten:

- Die Tätigkeiten der einzelnen Gesellschaften der Pro Futura Gruppe, insbesondere der PFI Schweiz und der PFI Liechtenstein, zielten mit ihren koordinierten Aktionen ausschliesslich auf die Beschaffung von Anlegergeldern für die gesamte Gruppe ab.
- Die Entgegennahme von Publikumsgeldern erfolgte durch ein gemeinsames Vorgehen der beiden Gruppengesellschaften PFI Schweiz und PFI Liechtenstein.
- Sämtliche Aktivitäten aller Gesellschaften der Pro Futura Gruppe wurden vom selben Ort, dem Sitz der PFI Schweiz in Pfäffikon, durch dieselben Personen ausgeübt. Für sämtliche Gruppengesellschaften wurde dieselbe Kontaktperson angegeben.
- Die Bezeichnungen für die beiden Gruppengesellschaften PFI Schweiz und PFI Liechtenstein wurden gegenüber Anlegern in kaum unterscheidbarer und teilweise missverständlicher Weise verwendet.

(22) Zwischen den Gruppengesellschaften PFI Schweiz und der PFI Liechtenstein bestand somit eine derart enge wirtschaftliche und personelle Verflechtung, dass die beiden operativ tätigen Gruppengesellschaften der Pro Futura Gruppe bezüglich ihrer Tätigkeiten einheitlich beurteilt werden können. Somit steht aufgrund einer Gesamtbeurteilung der beiden operativ tätigen Gruppengesellschaften zweifelsfrei fest, dass sowohl die PFI Schweiz als auch die PFI Liechtenstein ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen gemäss Art. 3a BankV entgegengenommen und gemäss Art. 3 Abs. 1 BankV Werbung dafür betrieben haben.

Faktische Zweigniederlassung der PFI Liechtenstein

(23) Dem Verbot der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen unterliegen auch faktische Zweigniederlassungen, das heisst Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, in der Schweiz jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben (vgl. BGE 130 II 362, Erw. 5.1). Wird die ausländische Gesellschaft tatsächlich in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend in oder von der Schweiz aus ab, so muss sie sich nach dem schweizerischen Recht organisieren und untersteht sie den Bestimmungen über die inländischen Banken (BGE 130 II 362 Erw. 5.1; Art. 1 Abs. 2 der Verordnung vom 21. Oktober 1996 über die ausländischen Banken in der Schweiz [Auslandbankenverordnung, SR 952.111]).

(24) Die PFI Liechtenstein ist an ihrem formellen Sitz in Triesenberg (FL) – ebenso wie die anderen Gruppengesellschaften mit Ausnahme

der PFI Schweiz – eine reine Domizilgesellschaft ohne eigene Infrastruktur, Personal und Räumlichkeiten. Die Vertreter der Gruppengesellschaften übten ihre Geschäftstätigkeiten praktisch ausschliesslich in den Büroräumlichkeiten der PFI Schweiz in Pfäffikon SZ aus. So wurden auch die Kontoauszüge der Bank T betreffend die PFI Liechtenstein ausschliesslich an den Sitz der PFI Schweiz versandt. Im Ingress der Allgemeinen Bedingungen zur «Beitrittserklärung» als stiller Gesellschafter wird in der Version vom September 2005 als Adresse der PFI Pro Futura Invest AG – mithin der PFI Liechtenstein – sodann die Adresse der PFI Schweiz in Pfäffikon angeführt. Weiter wird in den Werbeunterlagen der Pro Futura Gruppe für sämtliche Gruppengesellschaften dieselbe Kontaktperson angegeben, welche dann auch tatsächlich gleichzeitig für sämtliche Gruppengesellschaften tätig war.

(25) Die gemeinsam ausgeübte Geschäftstätigkeit der Pro Futura Gruppe war ausschliesslich auf die Beschaffung von Publikumsgeldern ausgerichtet. Die Geschäftstätigkeit der einzelnen Gesellschaften ist kaum voneinander abzugrenzen. Zudem sind infolge der organisatorischen und kapitalmässigen Verflechtungen auch die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaften sowie deren Verpflichtungen untereinander und gegenüber Kunden nur schwer feststellbar.

(26) Die PFI Liechtenstein wurde daher stets von der Schweiz aus geleitet und hat ihre Geschäfte gemeinsam mit den übrigen Gruppengesellschaften ausschliesslich von Pfäffikon SZ aus abgewickelt. Somit hat die PFI Liechtenstein eine Zweigniederlassung im Sinne des Bankengesetzes betrieben, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen (vgl. Verfügung der EBK vom 14. Juli 1994 i. S. Fidenas AG, in EBK Bulletin 29, S. 28 ff.). Die Zuständigkeit der EBK zur Anordnung der notwendigen Massnahmen auch betreffend die PFI Liechten-

stein ist damit gegeben. Die Zweigniederlassung der PFI Liechtenstein ist vorab formell ins Handelsregister des Kantons Schwyz einzutragen.
(...)

Massnahmen der EBK: Feststellung der unerlaubten Entgegennahme von Publikumseinlagen sowie der unerlaubten öffentlichen Empfehlung dazu; Konkurseröffnung samt Publikation; Einsetzung des Konkursliquidators; Einstellung der Geschäftstätigkeiten auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung; Anordnung der sofortigen Vollstreckung unter Beschränkung von Verwertungshandlungen auf werterhaltende Massnahmen bis Eintritt der Rechtskraft.

E B K C F B