

Florence Guillaume / Ilaria Pretelli (éds)

# Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière

et

# Les banques et les assurances face aux tiers

Actes de la 28<sup>e</sup> Journée de droit  
international privé du 27 mai 2016  
à Lausanne

Florence Guillaume / Ilaria Pretelli (éds)

# Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et

# Les banques et les assurances face aux tiers

Actes de la 28<sup>e</sup> Journée de droit  
international privé du 27 mai 2016  
à Lausanne

Citation suggérée : FLORENCE GUILLAUME / ILARIA PRETELLI (ÉDS), Les nouveautés en matière de faillite internationale et Les banques et les assurances face aux tiers, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8631-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, [www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119,  
B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur : +32 (0)2 736 68 47; courriel : [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek : La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Table des matières

Préface.....	7
--------------	---

## **PARTIE I**

### **Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière**

The Reform of Swiss International Insolvency Law in the International Context 11 <i>Rodrigo Rodriguez</i>
--

Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz.....	23
<i>Alexander R. Markus</i>	

Arbitrage et insolvabilité: tribulations d'un couple mal assorti.....	47
<i>Sylvain Marchand</i>	

La faillite bancaire sous l'angle du droit réglementaire et international privé suisse: les cas de la succursale en Suisse d'une banque étrangère et de la banque étrangère .....	63
<i>Olivier Hari</i>	

## **PARTIE II**

### **Les banques et les assurances face aux tiers**

Droit international privé et situations juridiques trilatérales.....	87
<i>Ilaria Pretelli</i>	

Insurers and Third Parties in Transnational Disputes: Teachings from the ECJ 121 <i>Joaquim-J. Forner Delaygua</i>
---

Your Laws or Mine? On a European Ius Commune for Third Party Interests in Private International Law .....	145
<i>Geert van Calster</i>	

# La faillite bancaire sous l'angle du droit réglementaire et international privé suisse

## Les cas de la succursale en Suisse d'une banque étrangère et de la banque étrangère

### Table des matières

<b>1.</b>	<b>Introduction</b>	<b>64</b>
<b>2.</b>	<b>La faillite d'une succursale en Suisse d'une banque étrangère</b>	<b>64</b>
2.1.	Conditions	65
2.2.	Conséquences	67
2.2.1.	Formation de la masse active	67
2.2.2.	Formation de la masse passive	69
<b>3.</b>	<b>La reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère de mise en faillite d'une banque étrangère</b>	<b>71</b>
3.1.	Conditions	71
3.2.	Effets	73
3.2.1.	Ouverture d'une procédure de faillite ancillaire	74
3.2.2.	Remise du patrimoine sans procédure de faillite ancillaire	75
3.2.2.1.	Remarques introductives	75
3.2.2.2.	Traitement équivalent des créances garanties par gage et des créances privilégiées des créanciers suisses	76
3.2.2.3.	Prise en compte des autres créances des créanciers domiciliés en Suisse	77
3.2.2.4.	Obligations de l'administration étrangère de la faillite	77
3.2.3.	Coordination des procédures	79
<b>4.</b>	<b>Conclusion</b>	<b>80</b>
	<b>Bibliographie</b>	<b>82</b>

---

\* Avocat (Genève/Zurich), Professeur de droit des sociétés (Faculté de droit, Université de Neuchâtel) et de droit de l'insolvabilité (Ecole d'avocature, Faculté de droit, Université de Genève).

## 1. Introduction

La faillite d'un établissement bancaire<sup>1</sup> est soumise en droit suisse à des règles spéciales: si les effets de la faillite d'une banque sont *a priori* identiques à ceux d'une faillite ordinaire<sup>2</sup>, sa liquidation ne s'effectue pas exclusivement selon les règles de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP). La LP s'applique certes, mais seulement «sous réserve des dispositions» de la loi fédérale sur les banques (LB)<sup>3</sup> et de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA). Concrètement, au regard des très nombreuses dispositions prévues par la LB et l'OIB-FINMA en la matière dérogeant au cadre fixé par la LP, force est de constater que le champ d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite dans le cadre d'une faillite bancaire est limité à une portion des plus congrue<sup>4</sup>. Il serait d'ailleurs davantage pertinent de considérer que la LP s'applique à titre supplétif et non en tant que *lex generalis*. La loi sur la procédure administrative n'est pas non plus applicable<sup>5</sup>.

La situation est identique en matière internationale, la formulation de la loi étant d'ailleurs sans équivoque: les règles de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>6</sup> s'appliquent seulement «au surplus»<sup>7</sup>, la matière étant donc quasiment exclusivement traitée par l'art. 37g LB, lequel prévoit un régime particulier dérogeant quasiment intégralement à celui prévu par la LDIP.

## 2. La faillite d'une succursale en Suisse d'une banque étrangère

La faillite d'un établissement exerçant une activité bancaire recèle à l'évidence toujours des éléments d'extranéité: les déposants ne sont rarement que des personnes physiques ou morales domiciliées dans l'Etat du siège de la banque, une banque dispose souvent de succursale(s) à l'étranger, ou encore elle détient pour son compte, le compte des déposants, ou encore à titre fiduciaire des actifs qui sont localisés à l'étranger. Sous l'angle du droit suisse, ces trois cas de figure supposent cumulativement l'application de règles relevant du droit international privé suisse et de normes du droit de l'exécution forcée suisse.

---

<sup>1</sup> Art. 1 al. 1 LB et art. 2 al. 1 LB; art. 2 OB.

<sup>2</sup> Art. 34 al. 1 LB.

<sup>3</sup> Art. 25-37k LB.

<sup>4</sup> Art. 34 al. 2 LB. TAF, arrêt B-5644/2012 du 4 novembre 2014.

<sup>5</sup> LORANDI, Spielregeln im Bankenkonzursrecht, p. 442 ss.

<sup>6</sup> Art. 166 ss LDIP.

<sup>7</sup> Art. 37g al. 5 LB.

## 2.1. Conditions

Sont non seulement assujetties à la LB, et donc aux règles qu'elle contient en matière d'insolvabilité, et plus spécifiquement de faillite, les banques, les banquiers privés (raisons individuelles, sociétés en nom collectif et sociétés en commandite) et les caisses d'épargne<sup>8</sup>, mais aussi les succursales de banques étrangères en Suisse<sup>9</sup> et les représentants de banques étrangères qui exercent leur activité en Suisse<sup>10</sup>. Est réputé relever de l'activité d'une succursale d'une banque étrangère le fait de conclure pour le siège des affaires, tenir des comptes pour les clients ou engager juridiquement le siège<sup>11</sup>. Constitue de la pure représentation le fait d'agir pour une banque étrangère d'une autre manière, notamment en lui transmettant des mandats de clients ou en la représentant à des fins publicitaires ou dans d'autres buts<sup>12</sup>; est ici visée la représentation professionnelle et permanente<sup>13</sup>.

De par la loi, à défaut de perspectives d'assainissement ou si l'assainissement a échoué, la FINMA<sup>14</sup> retire l'autorisation de la banque, en ordonne la faillite et publie sa décision<sup>15</sup>. Dans la mesure où l'intégralité de la LB s'applique «par analogie» à la succursale d'une banque étrangère, le chapitre XII de la LB, et plus spécifiquement les art. 33 ss LB qui traitent de la faillite bancaire sont pleinement applicables à la succursale d'une banque étrangère prise isolément; la succursale constituée à cet égard du point de vue réglementaire, et du point de vue du droit de la faillite bancaire, un sujet de droit à part entière.

Il existe au for de la succursale un for de faillite<sup>16</sup>; si la banque étrangère dispose en Suisse de plusieurs succursales, la FINMA désigne un for unique de faillite<sup>17</sup>. Autrement dit, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers dispose de la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* de prononcer par voie décisionnelle la faillite de toute banque disposant d'un siège en Suisse, mais également de toute succursale en Suisse d'une banque étrangère, faillite autonome et déconnectée de celle du siège, même non inscrite au registre du commerce<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> Art. 1 al. 2, première phrase, LB.

<sup>9</sup> Art. 2 al. 1 let. a LB.

<sup>10</sup> Art. 2 al. 1 let. b LB.

<sup>11</sup> Art. 2 al. 1 let. a de l'ordonnance de la FINMA sur les banques étrangères (OBE-FINMA) et art. 4-11 OBE-FINMA.

<sup>12</sup> Art. 2 al. 1 let. b OBE-FINMA.

<sup>13</sup> Art. 14-17 OBE-FINMA.

<sup>14</sup> Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

<sup>15</sup> Art. 33 al. 1 LB.

<sup>16</sup> Art. 7 al. 1 OIB-FINMA, qui parle de «siège» de la succursale.

<sup>17</sup> Art. 7 al. 2 OIB-FINMA.

<sup>18</sup> ATF 130 III 351.

La faillite de la succursale en Suisse d'une banque étrangère peut être prononcée d'office par la FINMA, sans que la succursale n'ait fait l'objet d'une procédure de poursuite préalable et sans que le siège ne fasse l'objet d'une décision identique, ou déployant des effets identiques<sup>19</sup>. La compétence de la FINMA est ici notablement différente, et beaucoup plus étendue, que celle du tribunal ordinaire de la faillite, ce qui s'explique par son statut particulier d'autorité de surveillance en charge de la protection des déposants et des infrastructures du marché financier.

La procédure de faillite d'une succursale est cependant potentiellement limitée dans le temps dans l'hypothèse où la faillite du siège est reconnue, sur requête, en Suisse, et qu'y est ouverte une procédure de faillite ancillaire. Dans ce cas, la faillite de la succursale ne pourra déployer des effets que jusqu'au moment de l'entrée en force de l'état de collocation dans la procédure ancillaire<sup>20</sup>. En définitive, la FINMA ne peut pas choisir entre, d'une part, reconnaître la décision de faillite étrangère et, d'autre part, ouvrir une procédure principale de faillite contre la succursale: les deux procédures doivent, respectivement peuvent, parfaitement cohabiter en Suisse, dans un premier temps. Elles ne concernent d'ailleurs pas les mêmes créanciers<sup>21</sup>.

En l'absence de procédure de reconnaissance, une procédure de faillite, ou plus généralement d'insolvabilité, étrangère, et une procédure suisse de faillite, sont autant que possible coordonnées par la FINMA avec les organes étrangers compétents<sup>22</sup>. Le principe de coordination des procédures est censé permettre à la FINMA de «parvenir – par la collaboration avec les autorités étrangères et la reconnaissance mutuelle des mesures – à mettre en œuvre une procédure principale en cas d'insolvabilité et de coordonner, le cas échéant, des procédures parallèles en cours»<sup>23</sup>.

Eu égard à ce qui précède, même si *a priori* la disposition légale est supposée s'appliquer aux procédures de faillite ouvertes contre une banque ayant son siège

---

<sup>19</sup> BankG Kommentar–KLEINER/SCHWOB/WINZELER, n° 317 ad art. 47 LB. Cf. par exemple la décision du 17 novembre 2008 par laquelle l'aCFB a déclaré la faillite de Kaupthing Bank Luxembourg SA, Luxembourg, Geneva Branch, alors que le siège faisait l'objet d'une procédure de sursis de paiement. Le but des deux procédures était donc radicalement différent: liquidation pour la première et assainissement pour la seconde.

<sup>20</sup> Art. 166 al. 2 LDIP *cum* art. 172 LDIP. JEANNERET, Cross-border insolvency, p. 177. *Contra*: BSK BANKGESETZ–STAEHELIN, n° 6 ad art. 37g LB; BankG Kommentar–SCHWOB, n° 7 ad art. 37g LB (se référant à STAEHELIN).

<sup>21</sup> Du même avis, JEANNERET, Cross-border insolvency, p. 179 et MARTZ, Inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung, p. 139.

<sup>22</sup> Art. 37f al. 2 LB.

<sup>23</sup> Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20.11.2002, FF 2002 7515.

en Suisse et disposant de succursales à l'étranger, rien n'empêche une coordination également dans l'hypothèse inverse (siège de la banque à l'étranger et succursale(s) en Suisse)<sup>24</sup>.

## 2.2. Conséquences

### 2.2.1. Formation de la masse active

La succursale se définit traditionnellement comme tout établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires<sup>25</sup>. La notion de succursale a des contours imprécis<sup>26</sup>; il est cependant incontesté qu'une succursale n'a pas la personnalité juridique<sup>27</sup>. En matière bancaire, doit être autorisé en Suisse tout établissement – y compris une succursale<sup>28</sup> – qui déploie une activité de type bancaire, sans égard à l'intensité de l'activité déployée; l'exploitation d'un back-office constitue par exemple une activité soumise à autorisation<sup>29</sup>.

La faillite d'une succursale déploie les effets prévus par les art. 197-220 LP<sup>30</sup>. En particulier, le principe de dessaisissement s'applique, lequel a pour effet d'interdire au failli de céder – cession au sens économique du terme – ses actifs<sup>31</sup>, lesquels doivent être désignés par lui<sup>32</sup>, respectivement annoncés par les tiers en possession

<sup>24</sup> Du même avis, BSK BANKENGESETZ–STAEHELIN, n° 9 ad art. 37f LB.

<sup>25</sup> ATF 103 II 199 consid 3a. BRACONI, Collocation des créances, p. 30 ss.

<sup>26</sup> ATF 130 III 58 consid 6.

<sup>27</sup> ATF 120 III 11 consid 1a. Cf. CR CO II–LOMBARDINI/CLEMETSON, n° 7 ad art. 641 CO, selon lesquels «[l]es actifs de la succursale appartiennent à la société et ses dettes sont des dettes de la société».

<sup>28</sup> Cf. le guide pratique pour les requêtes en autorisation de succursale et de représentation de banque étrangère ou de négociant étranger en valeurs mobilières en Suisse du 20 août 2012, disponible sur le site internet de la FINMA.

<sup>29</sup> ATF 130 III 351, consid 5.3.4 relatif à une activité de back-office: «Entscheidend für die örtliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts ist nicht, wo das Schwergewicht der Tätigkeit entfaltet wird, sondern dass in der Schweiz überhaupt eine aufsichtsrelevante Aktivität besteht». Cf. également le consid. 6.1: «So hat es das Bundesgericht in Bestätigung der Praxis der Bankenkommission grundsätzlich für zulässig erklärt, ausländische Gesellschaften, die in der Schweiz in Missachtung finanzmarktrechtlicher Vorschriften keine Zweigniederlassung begründet, faktisch aber eine solche betrieben haben, im Handelsregister einzutragen und ihre illegale Geschäftstätigkeit im Rahmen des (vollstreckungsrechtlichen) Bezugs zur Schweiz zu liquidieren (BGE 126 II 71 E. 5b/cc u. dd sowie 8; 2A.65/2002 vom 22. Mai 2002, E. 5.2.3 u. 5.3.1)».

<sup>30</sup> Art. 34 al. 1 LB.

<sup>31</sup> Art. 204 LP.

<sup>32</sup> Art. 222 al. 1 LP.

de biens du failli<sup>33</sup>, inventoriés<sup>34</sup>, évalués<sup>35</sup>, puis réalisés<sup>36</sup>, le produit de réalisation devant être distribué aux créanciers afin de les désintéresser<sup>37</sup>, après couverture des frais de liquidation de la faillite<sup>38</sup>.

Le principe d'universalité s'applique à la constitution de la masse active<sup>39</sup>. Lorsqu'une procédure de faillite ou d'assainissement est ouverte, elle s'étend à tous les biens réalisables appartenant à la banque à ce moment-là, qu'ils se trouvent en Suisse ou à l'étranger<sup>40</sup>. La correcte formation de cette masse active est essentielle car elle détermine *in fine* le montant du dividende versé aux créanciers.

La constitution de la masse active d'une entité disposant de la personnalité morale, voire de la quasi-personnalité, ne pose en général pas de difficulté particulière. Tel n'est pas le cas s'agissant d'une succursale d'une banque étrangère, qui par définition ne jouit pas de la personnalité juridique. Selon la lettre de la loi, sont considérés comme étant les biens d'une succursale suisse d'une banque étrangère tous les actifs constitués en Suisse et à l'étranger par les personnes qui ont agi pour cette succursale<sup>41</sup>. En application de ce qui précède, il faut considérer que les biens de la succursale en Suisse ou à l'étranger qui sont liés à son activité commerciale sont à porter à son actif; la réalité économique est censée faire foi<sup>42</sup>.

Cette tentative de définition, certes bienvenue, n'est pas exempte de toute ambiguïté et pose des problèmes pratiques considérables, notamment parce qu'il n'est pas rare que les organes de la succursale d'une banque étrangère soient simultanément organes du siège. Au moment de la formation de la masse active, il convient donc de déterminer si ces organes ont agi en leur qualité d'organes de la succursale ou d'organes du siège. Pour le surplus, l'activité des organes, respectivement des travailleurs, d'un établissement bancaire ne se matérialise par définition pas sous forme de production d'un bien mobilier, mais par des dépôts de

<sup>33</sup> Art. 222 al. 3 LP.

<sup>34</sup> Art. 221 LP et art. 16 OIB-FINMA.

<sup>35</sup> Art. 227 LP.

<sup>36</sup> Art. 256 ss LP et art. 31 ss OIB-FINMA.

<sup>37</sup> Art. 264 LP et art. 36 OIB-FINMA.

<sup>38</sup> Art. 262 LP et art. 35 OIB-FINMA.

<sup>39</sup> Art. 3 OIB-FINMA.

<sup>40</sup> Art. 3 al. 1 OIB-FINMA.

<sup>41</sup> Art. 3 al. 3 OIB-FINMA.

<sup>42</sup> «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.» [Rapport du groupe de travail institué par la Commission fédérale des banques relatif au projet d'ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières, mars 2005, p. 10 s., disponible sous [https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/archiv/2005/20050418/050418\\_03\\_f.pdf](https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/archiv/2005/20050418/050418_03_f.pdf) [dernière consultation le 08.07.2016].

déposants et la conclusion de contrats, notamment de gestion de fortune. Or, s'il est aisé de déterminer qui a fabriqué un bien, il est plus difficile de déterminer qui a provoqué un dépôt, respectivement la conclusion de contrats bancaires et généré les commissions de gestion y relatives, et surtout en faveur de quelle entité, puisque par définition, la succursale n'est qu'une extension du siège, dont elle fait partie intégrante.

Le simple fait que des actifs soient localisés en Suisse ne permet pas encore de considérer que ces actifs doivent être inventoriés et échoir à la masse active de la succursale; leur localisation en Suisse ne constitue à cet égard qu'un indice de leur appartenance à la succursale faillie. En d'autres termes, l'on ne saurait qualifier automatiquement d'actifs de la succursale les actifs déposés en Suisse par le siège, et les inventorier comme tels. Il se peut donc que des actifs en Suisse ne tombent pas dans la masse active de la faillite de la succursale en Suisse car ils peuvent être clairement identifiés en tant qu'actifs du siège, notamment parce qu'ils n'ont pas été mis à disposition de la succursale pour servir à son activité opérationnelle, respectivement que la succursale n'avait aucun pouvoir de disposition sur eux, exclusif ou cumulé à celui du siège. En cas de faillite du siège, les actifs de ce dernier qui n'ont pas été alloués à la masse active de la succursale pourront être recouvrés dans la cadre d'une faillite ancillaire et tomberont dans la masse active de cette procédure secondaire de faillite.

### 2.2.2. Formation de la masse passive

De par la loi, tous les créanciers suisses et étrangers d'une banque en faillite, et de ses succursales étrangères sont, dans une même mesure et avec les mêmes privilèges, autorisés à participer à la procédure de faillite ou d'assainissement ouverte en Suisse<sup>43</sup>. Les lois spéciales applicables en matière de faillite bancaire (LB et OIB-FINMA) n'indiquent pas spécifiquement le cercle des créanciers en droit de produire et de participer à la distribution du produit de réalisation des actifs de la succursale en Suisse d'une banque étrangère, en faillite ou non.

Il convient donc de se tourner vers le principe général applicable en cas de faillite d'une succursale, lequel prévoit que le débiteur domicilié à l'étranger qui possède un établissement – et notamment, mais pas exclusivement une succursale – en Suisse peut y être poursuivi pour les dettes de celui-ci, de quelque nature qu'elles soient, contractuelles ou non<sup>44</sup>. Ce sont donc les créanciers de la succursale, et les déposants ayant ouvert un compte bancaire auprès de la succursale, qui forment la masse passive<sup>45</sup>. A rigueur de texte, les créanciers du siège, lequel n'aurait par hypothèse pas été déclaré en faillite par les autorités compétentes du for du siège,

<sup>43</sup> Art. 3 al. 2 OIB-FINMA.

<sup>44</sup> ATF 114 III 6 consid. 1 *ab initio*.

<sup>45</sup> BankG Kommentar-SCHWOB, n° 4 ad art. 34 LB; BSK Bankengesetz-BAUER/HAAS, n° 9 ad art. 34 LB.

ne sont pas en droit de produire dans la procédure de faillite de la succursale suisse, même si la définition juridique de la succursale prise isolément ne s'y oppose pas, bien au contraire.

Les déposants, dont les dépôts sont privilégiés (deuxième classe) à hauteur de 100'000 francs<sup>46</sup> suisses, à l'exclusion des autres créanciers, sont non seulement en droit d'être désintéressés dans le cadre de la collocation grâce au produit de réalisation des actifs de la succursale, mais également d'être remboursés immédiatement, hors de la collocation, grâce aux actifs liquides de la banque<sup>47</sup>, à hauteur d'un montant maximal défini au cas par cas par la FINMA en fonction des liquidités (dépôts à vue) immédiatement disponibles et des dettes de la succursale envers ses employés<sup>48</sup>, lesquels constituent des créanciers de première classe pour tout ou partie de leur créance en fonction du moment auquel elle est née<sup>49</sup>.

Dans ce contexte, le traitement des placements fiduciaires effectués par des déposants auprès de la succursale, puis placés par la succursale auprès du siège, mérite quelques développements au regard de leurs caractéristiques, et des rapports juridiques entre le siège d'une part et sa succursale d'autre part. «Les opérations fiduciaires comprennent les placements, les crédits, les participations, ainsi que les opérations effectuées dans le cadre du "*securities lending & borrowing*", que la banque effectue ou accorde en son propre nom mais exclusivement pour le compte et aux risques du client, sur la base d'un mandat écrit. Le mandant supporte le risque de change, de transfert, de cours et de recouvrement; il reçoit la totalité du rendement de l'opération. La banque ne perçoit qu'une commission»<sup>50</sup>.

Les placements fiduciaires figurent hors bilan<sup>51</sup>. En tant que tels, en cas de faillite d'une banque, ils ne suivent pas le sort des autres dépôts effectués par les déposants auprès de la banque, et notamment les agrégats monétaires (dépôts à vue p.ex.), lesquels font partie de la masse active. Au contraire, les dépôts fiduciaires font l'objet d'une distraction légale de la masse active<sup>52</sup>. Cette distraction a pour effet de permettre aux déposants concernés d'être remboursés hors collocation, en plein, à l'échéance du placement, à savoir lorsque l'intermédiaire financier auprès duquel

---

<sup>46</sup> Art. 37a al. 1 LB.

<sup>47</sup> Art. 37b al. 1 LB.

<sup>48</sup> Art. 37b al. 2 LB.

<sup>49</sup> Art. 219 al. 4, première classe, LP.

<sup>50</sup> Annexe 7 à la Circ.-FINMA 2015/1 (Comptabilité banques). Cf. également la Directive de l'association suisse des banquiers 2011/3 – Directives concernant les placements fiduciaires, p. 4.

<sup>51</sup> Circ.-FINMA 2015/1, Commentaire 228.

<sup>52</sup> Art. 37d LB *cum* art. 16 ch. 2 LB; BERTSCHINGER, Bankengesetzlichen Aussonderungsrecht, p. 429.

les liquidités ont été placées par la banque du déposant sont restituées à la banque du déposant, intérêts en sus.

Malgré la définition de la succursale, il convient de partir du principe que les conditions légales permettant d'admettre une distraction sont remplies lorsque des dépôts effectués auprès de la succursale suisse d'une banque ayant son siège à l'étranger ont été placés à titre fiduciaire auprès dudit siège, dans l'hypothèse où une décision de mise en faillite du siège a été prononcée par les autorités étrangères compétentes, ou s'il n'a pas – encore – été déclaré en faillite.

Le droit préférentiel des créanciers de la succursale suisse d'une banque étrangère sur les actifs de celle-là prend fin au moment où l'état de collocation relatif à la procédure de faillite du siège est reconnu en Suisse<sup>53</sup>.

### 3. La reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère de mise en faillite d'une banque étrangère

#### 3.1. Conditions

L'art. 37g LB, complété par les art. 166 ss LDIP, constitue le cadre légal applicable à la reconnaissance en Suisse d'une décision de faillite, respectivement d'insolvabilité d'une banque étrangère. Les principes généraux de la LDIP (légitimation active du requérant, type de décision – faillite ou procédure analogue – rendue, caractère exécutoire de la décision et absence de violation de l'ordre public, intérêt actuel et pratique)<sup>54</sup>, qui ne seront pas traités dans la présente contribution, restent pertinents, avec toutefois les différences suivantes, notables.

Constitue une décision sujette à reconnaissance en application de l'art. 37g LB toute décision prise en raison de l'insolvabilité – qualifiée comme telle en application de la *lex fori* – de la banque<sup>55</sup>. Il en va ainsi des décisions de liquidation par voie de faillite, mais également de toutes les autres décisions prises en amont d'une faillite, en cas de risque d'insolvabilité, et destinées à protéger les déposants<sup>56</sup>, et de toute décision tendant à l'assainissement de la banque, prise par une autorité de surveillance ou un tribunal compétent *ratione loci* et *ratione materiae*. Peu importe à cet égard que le tribunal soit désigné en tant que tribunal de la faillite ou de manière analogue; la cause de la décision (insolvabilité) détermine à elle seule si

<sup>53</sup> Art. 166 al. 2 LDIP.

<sup>54</sup> BankG Kommentar–SCHWOB/MÜLLER, n° 8 ad art. 37g LB; BSK BANKENGESETZ–STAEHELIN, n° 4 ad art. 37g LB.

<sup>55</sup> TF, arrêt 5A\_952/2013 du 25 juillet 2014, consid 4.3 = SJ 2014 I p. 465.

<sup>56</sup> Sursis, prorogation des échéances, remplacement d'organes, instructions aux organes p.ex. (cf. art. 26 LB).

l'art. 37g LB trouve application ou non<sup>57</sup>. Le simple retrait de l'autorisation de déployer une activité bancaire ne permet pas l'application de l'art. 37g LB, car en application du droit suisse, la liquidation se déroule selon les règles du Code des obligations. En dérogation à ce qui précède, une décision de dissolution forcée du fait de carences dans l'organisation de la banque étrangère, analogue à celle prévue par l'art. 731b CO, devrait également faire l'objet d'une décision de reconnaissance au sens de l'art. 37g LB puisque le droit suisse requière que la liquidation soit conduite selon les règles applicables en cas de faillite<sup>58</sup>.

S'agissant des aspects procéduraux, il convient de noter que, sans surprise, la FINMA est compétente *ratione loci* et *ratione materiae* pour connaître d'une requête de reconnaissance d'une décision étrangère d'insolvabilité visant une banque ayant son siège à l'étranger. La *lex fori* – et donc le droit suisse – détermine si le débiteur domicilié à l'étranger déploie une activité bancaire qui, en Suisse, serait soumise à l'assujettissement et à l'autorisation de la FINMA<sup>59</sup>.

Contrairement à la situation prévalant lorsqu'une banque étrangère dispose en Suisse d'un établissement (p.ex. une succursale) et déploie en Suisse des activités commerciales par l'intermédiaire de cet établissement, la FINMA n'est pas compétente pour reconnaître d'office une décision étrangère de faillite ou d'insolvabilité<sup>60</sup>. Rien ne justifierait que la FINMA agisse d'office dans ce cas-là, dès lors qu'aucune activité sujette à autorisation n'est conduite en Suisse. La seule présence en Suisse d'actifs d'une banque étrangère ne suffit donc pas. L'on notera d'ailleurs que les lois applicables ne prévoient pas expressément une reconnaissance d'office.

Contrairement à ce que le droit international privé suisse exige<sup>61</sup>, le droit bancaire suisse ne considère pas l'absence de réciprocité comme un potentiel obstacle à la reconnaissance. En effet, même en l'absence de réciprocité, la FINMA peut accepter une demande de reconnaissance dans la mesure où cela sert les intérêts des créanciers concernés<sup>62</sup>. L'abandon du critère de réciprocité est permis grâce à l'art. 9 al. 2 OIB-FINMA, dont la densité normative est moindre par rapport à la LB et la LDIP. Or, ni la LDIP, ni la LB ne prévoient une exception au principe de réciprocité. Même si l'abandon du critère de réciprocité est souhaitable, l'on est tout de même

---

<sup>57</sup> TF, arrêt 5A\_952/2013 du 25 juillet 2014 = SJ 2014 I p. 465, qui précise encore (consid. 4.3) que «le fait que la mesure a été ordonnée par une "Bankruptcy Division" n'est pas décisif à lui seul, car cet élément peut ne concerner que l'organisation judiciaire de l'Etat étranger, sans préjuger la nature du jugement prononcé en Suisse».

<sup>58</sup> *Contra*: BSK BANKENGESETZ-BAUER, n° 18 ad art. 33 LB.

<sup>59</sup> BankG Kommentar-SCHWOB/MÜLLER, n° 3 ad art. 37g LB; BSK BANKENGESETZ-STAEHELIN, n° 2 ad art. 37g LB.

<sup>60</sup> GUGGENBUHL/ESSEBIER, Internationale Bankenkonsursrecht, p. 129; *contra*: BSK BANKENGESETZ-STAEHELIN, n° 8 ad art. 37g LB.

<sup>61</sup> Art. 166 al. 1 let. c LDIP.

<sup>62</sup> Art. 10 al. 2 OIB-FINMA.

en droit de se demander si, du point de vue de la hiérarchie des normes, l'OIB-FINMA constitue une base légale suffisante.

Hors contexte bancaire, en l'absence de réciprocité, l'ouverture d'une procédure collective de faillite ancillaire est selon le droit international privé suisse exclue, ce qui permet le désintéressement individuel de chaque créancier. Mais cela implique que chaque créancier doit agir individuellement, en particulier par la voie du séquestre, à ses frais, le premier arrivé étant le premier servi. Cette situation n'est à l'évidence pas satisfaisante en matière bancaire, où des milliers de créanciers sont susceptibles de concourir à droits égaux en cas de faillite de leur banque. C'est donc probablement en tous les cas, sauf circonstances très particulières, que la défense des intérêts de la collectivité des créanciers justifiera une reconnaissance de la décision étrangère d'insolvabilité, même en l'absence de réciprocité.

La FINMA dispose par ailleurs de la compétence de reconnaître une décision de faillite, respectivement d'insolvabilité, rendue non pas par l'autorité du siège statutaire de l'établissement concerné, mais par l'autorité du siège effectif (compétence indirecte)<sup>63</sup>; cette notion est identique à celle du COMI – *Center of main interests* – connue du droit européen de l'insolvabilité<sup>64</sup>, ce qui théoriquement pourrait conduire la FINMA à être saisie d'une requête de reconnaissance relative à une décision de faillite rendue contre une banque ayant son siège statutaire en Suisse. Pratiquement, cette situation ne devrait pas se présenter, car il est dans ce cas fort probable que la FINMA, en tant qu'autorité compétente au for du siège statutaire, refuse de reconnaître la décision en question au motif qu'elle a été rendue par une autorité incompétente. L'on ne peut cependant pas totalement exclure ce risque, inhérent à la notion de siège des activités effectives en tant que critère de rattachement.

### 3.2. Effets

Matériellement, la reconnaissance d'une décision de faillite ou d'insolvabilité d'une banque étrangère peut soit déployer les effets prévus à l'art. 170 LDIP – c'est-à-dire l'ouverture d'une procédure de faillite ancillaire, avec toutefois quelques différences – soit autoriser la FINMA à remettre à la masse étrangère le patrimoine localisé en Suisse, sans ouverture en Suisse d'une procédure de faillite ancillaire.

L'ouverture sur requête d'une procédure ancillaire constitue la règle générale, et la remise du patrimoine sans procédure de faillite ancillaire l'exception. La remise du patrimoine, sans ouverture d'une procédure de faillite ancillaire, doit être

<sup>63</sup> Art. 37g al. 3 LB.

<sup>64</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

expressément requise par la partie qui agit en Suisse aux fins de faire reconnaître la décision étrangère de faillite ou d'insolvabilité.

### 3.2.1. Ouverture d'une procédure de faillite ancillaire

En cas de reconnaissance par la FINMA d'une décision étrangère de faillite ou d'insolvabilité d'une banque étrangère, s'ouvre en Suisse une procédure ancillaire de faillite<sup>65</sup> dont les masses active et passive sont restreintes.

La masse active est limitée aux biens du failli localisés en Suisse, patrimoine dont la localisation en Suisse est d'ailleurs indispensable pour qu'une reconnaissance soit prononcée. La masse passive se compose des créanciers gagistes<sup>66</sup> et des créanciers privilégiés domiciliés en Suisse<sup>67</sup>, soit en particulier des déposants domiciliés en Suisse dont la créance envers la banque en faillite est privilégiée, en deuxième classe, à hauteur de 100'000 francs<sup>68</sup>, le surplus constituant une créance de troisième classe. La FINMA dispose toutefois de la compétence d'élargir la masse active aux créanciers non privilégiés suisses, et également à tous les créanciers qui ne sont pas domiciliés en Suisse<sup>69</sup>, dans l'intérêt de la place financière suisse<sup>70</sup>.

La loi n'indique pas si la FINMA peut seulement décider d'élargir la masse passive aux créanciers non privilégiés domiciliés en Suisse, à l'exclusion des autres créanciers étrangers<sup>71</sup>. La réponse est affirmative, dans la mesure où les motifs qui pourraient conduire la FINMA à admettre dans la masse passive suisse les créanciers suisses de troisième classe – par exemple une inégalité de traitement dans la masse passive étrangère entre les créanciers étrangers (et donc dans cet exemple, les créanciers suisses) et les créanciers domiciliés dans l'Etat du siège de la banque – ne recouvrent pas forcément ceux qui pourraient motiver la FINMA à admettre à l'état de collocation de la procédure ancillaire suisse les créanciers non domiciliés en Suisse (p.ex. si la banque étrangère déploie des activités quasiment exclusivement depuis la Suisse), procédure qui *de facto* deviendrait en quelque sorte une procédure principale. La participation dans la procédure ancillaire suisse de tous les créanciers devrait cependant être décidée à titre exceptionnel, sous peine de systématiser

---

<sup>65</sup> Auxiliaire ou encore secondaire, soit autant de synonymes.

<sup>66</sup> Art. 172 al. 1 let. a LDIP.

<sup>67</sup> Art. 172 al. 2 let. b LDIP.

<sup>68</sup> Art. 37a al. 1 LB.

<sup>69</sup> Art. 37g al. 4 LB.

<sup>70</sup> Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 20.11.2002, FF 2002 7516.

<sup>71</sup> Art. 37g al. 4 LB: «Si une procédure suisse est ouverte pour le patrimoine sis en Suisse, les créanciers colloqués en troisième classe selon l'art. 219, al. 4 LP, ainsi que les créanciers ayant leur domicile à l'étranger peuvent également être inclus dans l'état de collocation».

inutilement le déroulement de procédures principales parallèles coûteuses et chronophages<sup>72</sup>.

La reconnaissance d'une décision de faillite étrangère n'a pas pour effet d'arrêter immédiatement le cours d'une procédure de faillite ouverte contre la succursale en Suisse de la banque étrangère faillie, l'inverse étant également vrai. Les deux procédures peuvent être conduites parallèlement, jusqu'à l'entrée en force de l'état de collocation de la procédure de faillite étrangère<sup>73</sup>; les actifs de la succursale doivent ensuite être remis à la masse en faillite étrangère. Le désintéressement des créanciers de ladite succursale au moyen des actifs de celle-ci dépend donc de la rapidité avec laquelle est conduite la liquidation de la succursale.

La FINMA est compétente pour conduire elle-même la procédure de faillite ancillaire. Elle peut également désigner un liquidateur. Même si théoriquement le liquidateur de la faillite principale étrangère pourrait être nommé, les conflits d'intérêts susceptibles de survenir s'agissant de l'attribution d'actifs à telle ou telle masse amènent à la conclusion qu'il est préférable que la FINMA elle-même, respectivement un liquidateur suisse nommé par elle, soit responsable de la liquidation.

### 3.2.2. Remise du patrimoine sans procédure de faillite ancillaire

#### 3.2.2.1. Remarques introductives

Alternativement, une remise du patrimoine localisé en Suisse par la FINMA à la masse en faillite étrangère, sans ouverture en Suisse d'une procédure de faillite ancillaire, est possible, uniquement sur requête, et à certaines conditions restrictives. Cette procédure permet un remboursement rapide, et peu coûteux, de tous les créanciers, et est justifiée par l'importance de la place financière suisse, auprès de laquelle sont déposés des actifs de banques étrangères<sup>74</sup>.

La remise d'actifs sans procédure de faillite ancillaire ne constitue pas une violation du principe de territorialité des procédures d'insolvabilité, mais seulement une atténuation de celui-là. En autorisant la remise d'actifs à l'étranger sans procédure ancillaire, la FINMA n'autorise pas pour autant l'organe étranger en charge de liquidation à faire usage d'un quelconque pouvoir de coercition. Elle ne fait que

<sup>72</sup> Du même avis, BSK BANKENGESETZ-STAEHELIN, n° 11 ad art. 37g LB et GUGGENBÜHL/ESSEBIER, Internationale Bankenkursrecht, p. 130.

<sup>73</sup> La CFB avait ainsi prononcé la faillite de la succursale genevoise de Kaupthing Bank Luxembourg SA, Luxembourg, Geneva branch en date du 17 novembre 2008, puis reconnu la décision de faillite du siège, sans pour autant clôturer la procédure de faillite de la succursale.

<sup>74</sup> HUNKELER/WOHL, Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts, para. 8.

permettre à l'organe étranger de liquidation de civilement remplacer la faillie dans ses droits patrimoniaux vis-à-vis de certains débiteurs sis en Suisse. La décision ne déploie en ce sens que des effets de droit civil<sup>75</sup>. Cette atténuation du principe de territorialité est d'ailleurs déjà connue de la LDIP, par exemple lorsque la masse en faillite étrangère est autorisée à introduire – subsidiairement – une action révocatoire en Suisse ou à se faire céder des prétentions<sup>76</sup>.

Qui plus est, la remise d'actifs sans procédure de faillite ancillaire ne peut être opérée qu'après un double contrôle opéré par la FINMA avant de mettre lesdits actifs à disposition de l'organe en charge de la liquidation de la banque étrangère: la vérification du traitement équivalent des créances garanties par gage et des créances privilégiées des créanciers domiciliés en Suisse, d'une part, et la due prise en compte des autres créances des créanciers domiciliés en Suisse, d'autre part.

### 3.2.2.2. Traitement équivalent des créances garanties par gage et des créances privilégiées des créanciers suisses

En premier lieu, il faut que les créanciers dont les créances sont garanties par gage, ainsi que les créanciers privilégiés domiciliés en Suisse, ne soient pas discriminés dans la procédure principale de faillite étrangère<sup>77</sup>.

Le fardeau de la preuve du traitement équivalent repose sur le requérant, qui doit démontrer positivement qu'en vertu du principe d'égalité de traitement, les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés suisses sont placés sur pied d'égalité avec les autres créanciers de catégorie équivalente, sans discrimination. La FINMA ne dispose à cet égard d'aucune marge de manœuvre et ne peut pas renoncer à examiner cette question au motif que le requérant allègue qu'aucun créancier gagiste ni aucun créancier privilégié suisse ne s'est annoncé, respectivement ne figure dans les livres de la banque étrangère faillie<sup>78</sup>.

Selon la pratique de la FINMA, le critère du traitement équivalent est réputé être rempli lorsque les créances garanties par un gage et les créances privilégiées sont colloquées dans la procédure étrangère comme elles le seraient dans une procédure suisse s'agissant de leur rang et du montant admis. Il faut en d'autres termes que les modalités de désintéressement des créanciers concernés soient identiques dans la faillite étrangère et dans une faillite ancillaire suisse.

Le critère du traitement équivalent doit être considéré comme satisfait même si des frais raisonnables sont imputés aux créanciers en raison de leur domicile étranger (frais raisonnables de correspondance, de traduction, ou encore de virement

<sup>75</sup> BSK BANKENGESETZ–STAEHELIN, n° 8k ad art. 37g LB.

<sup>76</sup> Art. 260 LP; ATF 137 III 374 = JdT 2014 II 160.

<sup>77</sup> Art. 37g al. 2 let. a LB.

<sup>78</sup> TAF, arrêt B-5644/2012 du 4 novembre 2014, consid. 5, rendu dans la procédure Stanford.

bancaire hors espace SESTA p.ex.). Des inégalités de traitement minimales sont donc admissibles.

### 3.2.2.3. Prise en compte des autres créances des créanciers domiciliés en Suisse

Par ailleurs, les créances des autres créanciers domiciliés en Suisse doivent être «dûment prises en compte»<sup>79</sup>. Cette disposition se rapproche de l'art. 173 al. 3 LDIP<sup>80</sup> et de la notion d'admission équitable à l'état de collocation étranger qu'il prévoit. Curieusement, le législateur a ici, du point de vue terminologique à tout le moins, abandonné l'exigence de l'égalité de traitement, en faveur d'une due prise en compte des créances non privilégiées des autres créanciers domiciliés en Suisse.

Il faut cependant partir du principe que la formulation de la loi recouvre également le principe d'égalité de traitement, et que toute discrimination des créanciers suisses en raison de leur domicile doit conduire au rejet d'une requête tendant à la remise de l'actif sans procédure ancillaire suisse. L'égalité de traitement prévue concernant les autres créanciers doit cependant être appréciée de manière moins rigoureuse que dans le cadre de l'examen de la protection des créanciers gagistes et des créanciers privilégiés suisses. Seuls des privilèges excessifs attribués aux créanciers nationaux au détriment des créanciers suisses, incompatibles avec l'ordre public suisse, devraient conduire au rejet de la requête de remise des actifs sans procédure secondaire.

### 3.2.2.4. Obligations de l'administration étrangère de la faillite

La décision de la FINMA faisant droit à des conclusions d'une requête tendant à la remise du patrimoine à la masse étrangère sans procédure de faillite ancillaire a pour effet matériel d'autoriser l'organe étranger en charge de la liquidation à agir directement en Suisse. Comme précédemment mentionné, ledit organe ne dispose pas pour autant en Suisse d'un pouvoir de coercition, tout acte de ce type tombant sous le coup et étant réprimé par l'art. 271 CP.

Afin de garantir un strict respect du droit suisse et de la décision de la FINMA statuant sur une requête tendant à la remise du patrimoine sans procédure de faillite ancillaire, la FINMA doit surveiller l'organe étranger de liquidation et fixer

<sup>79</sup> Art. 37g al. 2 let. b LB.

<sup>80</sup> Le tribunal suisse compétent pour la reconnaissance de la décision de faillite étrangère l'est aussi pour la reconnaissance de l'état de collocation étranger. Il examine notamment si les créanciers domiciliés en Suisse ont été admis équitablement à l'état de collocation étranger. Les créanciers concernés sont entendus.

un cadre à ses agissements<sup>81</sup>. Toute décision de reconnaissance accompagnée d'une remise directe du patrimoine doit donc mentionner à partir de quand l'organe étranger de liquidation peut agir, énumérer clairement quels sont les actes autorisés sur sol suisse, et préciser quelles sont les charges de l'organe étranger de liquidation.

- Exécution de la décision: les recours formés dans les procédures visées au chapitre XI de la loi fédérale sur les banques, dont fait partie la procédure prévue à l'art. 37g LB, n'ont pas d'effet suspensif. Le juge instructeur peut restituer l'effet suspensif sur requête d'une partie<sup>82</sup>. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que le liquidateur à qui la décision vient d'être notifiée soit autorisé à entreprendre ses activités de recouvrement immédiatement, sans attendre l'écoulement du délai de recours.

Cependant, afin de ne pas vider de sens et d'effet la voie de recours prévue, il convient que le liquidateur ne transfère aucun actif hors de Suisse tant que la décision n'est pas entrée en force; l'inverse reviendrait à priver de tous droits les créanciers gagistes et les créanciers privilégiés suisses. Il apparaît donc opportun de préconiser que la FINMA exige de l'organe étranger de faillite qu'il ouvre en Suisse un compte bancaire, sur lequel la FINMA dispose d'un pouvoir de signature, et qu'elle requière dudit organe qu'il verse tous les actifs recouverts sur ce compte bancaire.

- Actes autorisés: le dispositif de la décision, obligatoirement publié sur le site internet de la FINMA et dans la FOSC, doit énumérer les actifs que l'organe étranger de liquidation est en droit de recouvrer. La FINMA indique habituellement ce qui suit:

*La requête de la requérante visant à revendiquer le patrimoine sis en Suisse est admise dans la mesure où celle-ci, agissant par son liquidateur, est autorisée à:*

*(a) réclamer à la banque lambda les actifs dont la requérante est titulaire en ses livres;*

*(b) transférer les actifs dont la requérante est titulaire auprès de la banque lambda en faveur d'un compte bancaire dont la requérante est titulaire à l'étranger;*

*(c) accéder à l'intégralité de la documentation bancaire relative à la relation d'affaires de la requérante auprès de la banque lambda.*

- Charges: la liquidation du patrimoine sis en Suisse peut s'effectuer sous forme simplifiée si certaines conditions sont remplies, vérifiées en amont de la décision prise par la FINMA. En revanche, une fois la décision prise, et entrée en force, c'est-à-dire en aval de la décision prise par la FINMA, il existe un risque que

---

<sup>81</sup> Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts) du 12.10.2010, FF 2010 3673.

<sup>82</sup> Art. 24 al. 3 LB.

l'organe en charge de la liquidation de la faillite étrangère outrepassé les droits – civils – que la décision lui confère.

C'est la raison pour laquelle le législateur a exigé que la liquidation simplifiée se déroule sous la surveillance de la FINMA<sup>83</sup>. Afin de s'assurer de la correcte exécution de sa décision de reconnaissance par l'organe de liquidation étranger, il appartient à la FINMA de mettre en place certaines mesures destinées à assurer une surveillance concrète du liquidateur. La FINMA est ainsi compétente pour imposer à l'organe de liquidation étranger des charges, qui sont habituellement les suivantes:

*Les charges suivantes sont imposées à la requérante:*

*(a) elle ne procédera à aucun transfert d'actifs de la Suisse vers l'étranger avant l'entrée en force de la présente décision;*

*(b) elle informera sans retard la FINMA de l'achèvement du transfert de la totalité des actifs vers l'étranger et de la fin de son activité en Suisse;*

*(c) si des actes juridiques s'écartant de la présente décision doivent être entrepris en Suisse, en particulier si la requérante disposait d'autres actifs que ceux mentionnés dans le présent dispositif et tombant dans le champ d'application de l'art. 37g LB, elle requerra l'approbation de la FINMA préalablement à toute démarche.*

Force est de constater que la FINMA accorde une certaine confiance à l'organe étranger en charge de la liquidation, puisque la violation des charges telles que mentionnées à titre d'exemples ci-dessus ne peut donner lieu à aucune sanction. L'on peut se demander à cet égard si cette confiance – qui peut presque à première vue sembler quelque peu naïve – ne devrait pas se doubler d'une potentielle sanction, et si la FINMA ne devrait pas assortir systématiquement toute décision de ce type de la menace de la peine prévue par l'art. 48 de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA); la prudence semble le commander, même si la sanction – une amende de 100'000 francs – pourrait dans certains cas se révéler peu dissuasive vu les intérêts en présence, probablement largement supérieurs.

### 3.2.3. Coordination des procédures

Au regard des caractéristiques d'une banque (clientèle internationale, actifs déposés dans plusieurs Etats notamment), la faillite d'un établissement de ce type présente quasiment toujours des éléments d'extranéité et implique assez systématiquement l'ouverture dans un ou plusieurs Etats de procédures secondaires

<sup>83</sup> Message concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts) du 12.10.2010, FF 2010 3661.

d'insolvabilité, équivalentes à une procédure ancillaire suisse. Du fait de cette particularité, le législateur a prévu le principe d'une coordination des procédures<sup>84</sup>.

Même si une coordination semble *a priori* avant tout devoir être effectuée lorsque le siège de la banque est sis en Suisse, rien ne s'oppose à ce qu'une coordination ait lieu également dans l'hypothèse où le siège de la banque en faillite est à l'étranger et qu'une procédure de faillite ancillaire est ouverte en Suisse<sup>85</sup>.

La coordination constitue une forme de procédure d'entraide simplifiée; dans l'hypothèse où l'obtention d'informations ne peut pas être réalisée par le biais de la coordination, qui ne constitue pas encore une obligation de coopération<sup>86</sup>, la voie de l'entraide au sens de l'art. 42 al. 1-4 LFINMA doit être choisie. En tous les cas, les informations échangées entre autorités dans le cadre de la coordination des procédures se doivent d'être beaucoup plus limitées que dans le cadre d'une procédure d'entraide, au vu de l'absence de contrôle judiciaire des informations transmises.

La coordination voulue est procédurale, et repose en tout premier lieu sur la communication entre les organes suisses et étrangers. Une coordination matérielle des procédures – avec par exemple une remise d'actifs à l'étranger hors procédure de reconnaissance – est ainsi prohibée. Le secret bancaire est pour le surplus réservé.

Même si la coordination est censée être avant tout procédurale, rien n'empêche toutefois qu'elle se transforme en coordination matérielle si nécessaire, en particulier en vue du maintien des services bancaires<sup>87</sup>.

## 4. Conclusion

Le droit de la faillite internationale en matière bancaire est un modèle de flexibilité. Toutes les normes applicables, pour certaines récemment adoptées, grâce aux enseignements tirés de la crise financière de 2008-2009, ont été pensées et conçues pour faciliter le remboursement de tous les déposants, quels qu'ils soient et quel que soit le lieu de leur domicile. *Exit* donc l'exigence de réciprocité, *exit* donc également

---

<sup>84</sup> Art. 37f al. 1 LB et art. 9 OIB-FINMA.

<sup>85</sup> *Contra*: BSK BANKENGESETZ-STAEHELIN, n° 10 ad art. 37f LB; BankG Kommentar-SCHWOB, n° 6 ad art. 37f LB.

<sup>86</sup> Et non, comme le relève à raison STAEHELIN, de la coopération (BSK BANKENGESETZ-STAEHELIN, n° 10 ad art. 37f LB).

<sup>87</sup> Bankeninsolvenzverordnung-FINMA Erläuterungsbericht du 16 janvier 2012, p. 9, disponible sur le site web de la FINMA sous <https://www.finma.ch/de/-/media/finma/importiertedokumente/regulierung/anhoerungen/17-biv-finma/eb-biv-finma.pdf?la=de> (dernière consultation le 19.07.2016).

à certaines conditions l'obligation d'ouvrir en Suisse une procédure de faillite ancillaire avant toute remise d'actifs à la masse étrangère.

Les règles applicables en matière de faillite bancaire internationale ont largement inspiré l'avant-projet de modification de la LDIP<sup>88</sup> (art. 166 ss LDIP). Cependant, si effectivement certains principes du droit de la faillite internationale bancaire peuvent être repris tels quels et appliqués à la faillite internationale ordinaire, il n'en va pas ainsi de tous.

Peuvent sans autre être abandonnées l'obligation de réciprocité – à tout le moins pour certains Etats, en particulier ceux membres de l'UE – ou encore celle visant à ne reconnaître que des décisions rendues par les autorités compétentes du siège. Le droit européen admet de longue date que les décisions rendues par les juridictions des Etats du siège effectif (compétence indirecte, «COMI»), et non statutaire, de la société doivent pouvoir être reconnues. La coordination procédurale – et non la coopération, ni même la coordination matérielle – ne peut elle aussi que se révéler favorable aux intérêts des créanciers.

La prudence s'impose cependant en particulier s'agissant de l'admissibilité de la remise d'un patrimoine sis en Suisse à une masse en faillite étrangère sans procédure ancillaire. Un établissement bancaire est régulé, les organes de liquidation de ce dernier nommés par une autorité de surveillance, si bien qu'une certaine confiance peut être accordée ici à l'organe de liquidation. Les circonstances sont susceptibles d'être tout autres dans le contexte d'une faillite ordinaire. Par ailleurs, s'il est en général assez aisé de déterminer la composition du patrimoine d'un établissement bancaire (comptes bancaires auprès de la Banque nationale suisse et d'autres banques, portefeuilles de titres notamment), tel n'est pas forcément le cas s'agissant d'autres entreprises déployant une activité non bancaire, raison pour laquelle une remise du patrimoine ne fait que peu de sens, voire risque d'être totalement impossible à exécuter en pratique, la composition du patrimoine ne pouvant être établie avec certitude. L'on notera finalement que si le transfert de numéraires ou de titres détenus par une banque en faillite est aisé, il n'en va pas de même s'agissant de leur transfert ou de leur réalisation par des organes étrangers qui seraient – et devraient rester – dépourvus en Suisse des pouvoirs de coercition que possèdent les organes suisses de l'exécution forcée que sont les offices des faillites.

<sup>88</sup> Voir le rapport explicatif concernant une modification de la loi sur le droit international privé (faillite et concordat), disponible sous <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-10-140/vn-ber-f.pdf> [dernière consultation le 21.07.2016].

## Bibliographie

- BERTSCHINGER, U., Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG), *PJA* 1995, p. 426 (cité: BERTSCHINGER, Bankengesetzlichen Aussonderungsrecht).
- BRACONI, A., *La collocation des créances en droit international suisse de la faillite – Contribution à l'étude des art. 172-174 LDIP*, thèse, Zurich 2005 (cité: BRACONI, Collocation des créances).
- GUGGENBÜHL, M. & ESSEBIER, J., Das Schweizerische Internationale Bankenkonnkursrecht – Praxis und Revisionsbedarf, *RSDA* 2010, p. 125 (cité: GUGGENBÜHL/ESSEBIER, Internationale Bankenkonnkursrecht).
- HUNKELER, D. & WOHL, G. J., Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkonnkurs, *Jusletter* du 23 novembre 2015 (cité: HUNKELER/WOHL, Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts).
- JEANNERET, V., Cross-border insolvency: la situation de la succursale de droit suisse, in: B. Foëx & L. Thévenoz (éds.), *Insolvence, désendettement et redressement: études réunies en l'honneur de Louis Dallèves*, Bâle 2000, p. 171 (cité: JEANNERET, Cross-border insolvency).
- LORANDI, F., Die allgemeinen Spielregeln im Bankenkonnkursrecht, *PJA* 4/2016, p. 442 (cité: LORANDI, Spielregeln im Bankenkonnkursrecht).
- MARTZ, J.-D., *Die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung nach schweizerischem IPRG: unter Mitberücksichtigung ihrer kollisionsrechtlichen Stellung im Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, thèse, Gümligen 1995 (cité: MARTZ, Inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Unternehmung).
- TERCIER, P. & AMSTUTZ M. (éds.), *Commentaire romand, Code des Obligations II*, Bâle 2008 (cité: CR CO II–AUTEUR).
- WATTER, R. ET AL. (ÉDS.), *Basler Kommentar, Bankengesetz*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013 (cité: BSK BANKENGESETZ–AUTEUR).
- ZOBL, D. ET AL. (ÉDS.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 (VV): mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei*, Zurich 2014 (cité: BankG Kommentar–AUTEUR).

- ASSOCIATION EUROPÉENNE POUR LE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER (AEDBF-Belgium),  
*Les succursales bancaires: actes de la journée d'études du 9 mai 1995*, Bruxelles  
1996.