

### Les mesures relevant du droit de l'insolvabilité dans l'AP-LEFIN

Diana Machado Gomes, Birgit Sambeth Glasner

17 nov 2014, Exécution forcée, Loi sur les services financiers

**A** l'occasion de la mise en consultation du projet de la Loi sur les établissements financiers (LEFIN) qui ambitionne, notamment, de régler, dans un même acte législatif, la surveillance de l'ensemble des prestataires de services financiers, une attention particulière convient d'être portée aux mesures relevant du droit de l'insolvabilité des établissements financiers énumérés à l'article art. 2 LEFIN. En vertu de cet article, la FINMA peut prononcer, soit :

- des mesures de protection (art. 92 LEFIN)
- une procédure d'assainissement (art. 93 ss LEFIN) et
- la faillite (art.101 ss LEFIN).

**D'une manière générale, le projet de loi reprend les règles actuelles applicables en la matière et les centralise, tout en étendant leur champ d'application et en apportant diverses précisions bienvenues.**

Ainsi, figurent dans la LEFIN, tant les exigences contenues dans la Loi sur les banques (LB) que ses futures modifications, telles que les dispositions de l'art. 37m LB relatives au processus de liquidation des avoirs en déshérence (art. 117 LEFIN).

Par ailleurs, certaines dispositions, qui figuraient dans l'Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA), vont dorénavant s'y trouver. Ce changement de statut leur assure une meilleure sécurité juridique. Ainsi, l'art. 96 LEFIN reprend en partie les dispositions de l'article 57 OIB-FINMA au sujet des possibilités d'ajournement de la résiliation des contrats financiers.

Le projet de la LEFIN élargit **le champ d'application** de la LB en matière d'insolvabilité étant donné qu'il agrandit le cercle des entités soumises aux dites mesures pour englober dorénavant, en plus des banques, les maisons de titres (formellement et non plus par renvoi (voir ci-dessous) de même que les directions de fonds.

En outre, afin notamment de garantir une compétence uniforme de la FINMA en matière de faillite, ces mesures s'étendent désormais tant **aux sociétés mères à la tête d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier**, domiciliées en Suisse, qu'**aux sociétés significatives d'un groupe**, ayant leur siège en Suisse, dont fait partie un établissement financier assujetti (voir art. 3 LEFIN).

Pour les **maisons de titres**, cet élargissement du champ d'application ne fait que reprendre la législation en vigueur dans la mesure où l'actuel article 36a LBVM prévoit une application par analogie des dispositions contenues dans la LB.

En revanche, tel n'est pas le cas pour les **directions de fonds**, auxquelles seules les dispositions spéciales sur la liquidation en cas de faillite de la LPCC sont actuellement applicables. Dès lors qu'une direction de fonds dispose également de valeurs patrimoniales de tiers qu'il convient de sauvegarder, l'introduction dans la LEFIN de la possibilité d'ordonner tant des mesures protectrices que, dans certains cas particuliers, une procédure d'assainissement, paraît judicieuse.

Cependant, en dépit de l'introduction des directions de fonds dans le champ d'application de la LEFIN, les dispositions concernant la garantie des dépôts et les avoirs en déshérence continuent de s'appliquer uniquement aux maisons de titres et aux banques, étant rappelé qu'aucun privilège n'est accordé aux dépôts auprès de banques et/ou de maisons de titres ne jouissant pas de l'autorisation de pratique délivrée par la FINMA.

De plus et quand bien même il s'agit également d'entités qualifiées d'établissements financiers par la LEFIN, **les gestionnaires de fortune** et **les gestionnaires de fortune qualifiés** (par exemple : les gestionnaires de placements collectifs de capitaux) ne sont pas concernés par les mesures relevant du droit de l'insolvabilité contenues dans la LEFIN, car ce type d'établissement agit uniquement au nom et pour le compte de tiers et ne détient aucune valeur patrimoniale leur appartenant. En cas de faillite d'un gestionnaire de fortune, qualifié ou non, seules s'appliquent les règles générales prévues par la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

Enfin, la LEFIN introduit, notamment, les **précisions** suivantes en matière d'exécution forcée :

- Les créanciers ainsi que les propriétaires d'un établissement financier et ceux d'une « société mère » ou d'une « société du groupe significative » pourront uniquement recourir contre l'homologation du plan d'assainissement et les opérations de réalisation (art. 89 LEFIN).
- La disposition sur la primauté des accords en matière de compensation et de réalisation précise que, dorénavant, certaines décisions ne portent pas atteinte à la validité juridique : (1) de la compensation de créances, y compris la méthode convenue et l'évaluation et (2) de la réalisation de gré à gré de sûretés constituées de titres ou d'autres instruments financiers dont la valeur peut être déterminée de manière objective (art. 91 LEFIN).
- Le catalogue des mesures protectrices qui peuvent être décidées et imposées par la FINMA aux banques, maisons de titre et directions de fonds a été étoffé. De sorte que,

la FINMA peut également interdire à l'établissement financier d'opérer non seulement sur titres mais sur tous les instruments financiers (art. 92 al.1 let.f LEFIN).

- Lorsqu'un créancier a déjà été partiellement désintéressé dans une procédure étrangère liée non seulement à la faillite mais également à la procédure d'insolvabilité de l'établissement financier, le montant obtenu est imputé, après déduction des frais encourus, sur le dividende qui lui revient dans la procédure suisse (art. 110 LEFIN).

Ainsi, la consolidation des mesures prévues dans différents textes législatifs et les nouveautés introduites, ainsi que l'élargissement du champ d'application, s'inscrivent dans l'optique de protection des investisseurs, que le projet de loi tend à améliorer.

Cependant, l'on ne peut que déplorer l'utilisation générale et sans nuance du terme « établissements financiers » dans la mesure où la définition de l'article 2 LEFIN englobe certains établissements qui, comme mentionné précédemment, ne sont pas soumis aux mesures relevant du droit de l'insolvabilité. Cette absence de précision, respectivement d'exclusion, participe à une confusion et il serait préférable que la loi énumère de manière systématique les établissements financiers concernés par les dispositions topiques qui leurs sont applicables.

Enfin, une incertitude règne encore au sujet des dispositions aujourd'hui incluses dans l'OIB-FINMA mais absentes du projet de la LEFIN, de même que toute autre disposition d'exécution de la LEFIN. Il serait souhaitable d'en connaître, aujourd'hui déjà, le cadre, les contours et l'articulation, à tout le moins dans les grandes lignes.