CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Publication du rapport sur l'insolvabilité bancaire

Par Anne Héritier Lachat le 4 février 2008

La Commission fédérale des banques vient de publier sur son site internet un rapport sur l'insolvabilité bancaire, qui décrit la situation en Suisse et à l'étranger.
Le droit de la faillite des banques et des autres intermédiaires financiers a été profondément changé par l'entrée en vigueur le 1er juillet 2004 des modifications de la loi sur les banques (les chapitres XI et XII), puis de l'ordonnance sur la faillite bancaire le 1er août 2005. Le rapport se penche en conséquence sur les premières expériences effectuées et en tire quelques conclusions prospectives. L'on rappellera que le nouveau droit concentre quasi tous les pouvoirs du juge de la faillite et des autres autorités (Offices des faillites) dans les mains de la Commission fédérale des banques. C'est ainsi celle-ci qui prononce la faillite, nomme les liquidateurs, choisit le mode de réalisation des biens ; ses décisions ne sont pas soumises à la voie ordinaire de la plainte LP, mais au tribunal fédéral administratif, éventuellement au Tribunal fédéral (rapport, tableau 5 pour les différences entre les procédures). A cet égard, le rapport note avec une certaine satisfaction que les Tribunaux n'ont jusqu'ici admis aucun recours contre ses décisions.
A ce jour (1er février 2008), la Commission a prononcé 114 faillites ; sauf 3, toutes ces décisions concernent des intermédiaires financiers non autorisés ; les 3 précitées touchent des négociants autorisés. Si l'on considère les décisions (publiées sur le site de la CFB), il apparaît que les entités en cause exerçaient des activités soumises à la LBVM, dont l'ampleur était variable, souvent non négligeable en termes de clients et/ou de montants. Aucune banque n'a été liquidée par cette procédure.
Les tableaux figurant dans le rapport indiquent que la durée moyenne des procédures, du prononcé de la mesure de faillite à la distribution des deniers, ascende à 18 mois ; de même, il apparaît que le taux moyen des dividendes de 3e classe s'élève à 29 %. Ces chiffres, plus favorables que ceux des liquidations ordinaires, s'expliquent selon le rapport par la flexibilité des modes de réalisation et de distribution pour les seconds, par l'intervention avant la faillite de chargés d'enquête nommés par l'autorité pour les premiers. Il apparaît en effet que dans la majorité des cas, ces auxiliaires de la Commission sont intervenus, sur mesures provisoires le plus souvent, pour examiner la situation des entités exerçant des activités non autorisées. Cette intervention précoce (si l'on songe à celle du juge d'une faillite ordinaire) permet de recueillir de précieuses informations, le cas échéant aussi de limiter l'activité. De plus, la liquidation après prononcé de la faillite, est la plupart du temps confiée à ces mêmes intervenants.
La Commission relève aussi que les nouvelles règles se sont révélées d'application relativement faciles lorsqu'il s'est agi de récupérer des biens situés à l'étranger. Toutefois, il convient de distinguer selon les juridictions impliquées et le rapport note que dans certains cas, ce sont les mesures du droit des sociétés qui, prises par le chargé d'enquête avant le prononcé de la faillite, ont permis de mettre la main sur de tels actifs.

Cependant, un certain nombre de points importants doivent encore être réglés ou testés. La reconnaissance des décisions étrangères de faillite en matière bancaire, qui est aussi de la compétence de la CFB, pose quelques problèmes, notamment dans l'application du principe de l'égalité des créanciers ancré dans l'ordonnance (rapport, chiffre 10) ; il est délicat de ne pas passer encore par une faillite ancillaire en Suisse. La problématique de la faillite d'un groupe n'a pas été traité dans le droit bancaire, à l'instar du droit commun de la faillite. La CFB relève le caractère inadéquat de cette lacune, même si le problème ne s'est par ailleurs pas posé in concreto.
Enfin, deux thèmes méritent encore l'attention : l'assurance de protection des déposants et le droit de faillite internationale.
Le premier, qui a été mis en oeuvre dans un cas d'importance mineure seulement, a été modifié en 2004, par l'introduction d'un système d'assurance spécifique (voir Garantie des dépôts et le rapport chiffre 9) mis en place par les banques et les négociants. Son application a été rendue difficile car un blocage pénal des biens du failli a porté aussi sur les montants mis à disposition par l'assurance…(rapport, tableau 8). La CFB examine aussi de manière critique les limites du système en place, en particulier son incapacité à empêcher un « run on the bank » et les limites de son financement par les participants au système, puisqu'un montant maximum global est fixé au remboursement, montant qui serait vraisemblablement insuffisant si un institut important était concerné. Il s'agit toutefois d'un choix du législateur.
La CFB fait aussi un inventaire des questions délicates liées à la faillite internationale et des organismes actifs dans le domaine, dont le Comité de Bâle, le G10 et l'Union européenne. Force est de constater que ces différentes initiatives ont encore peu apporté de solutions. La Commission relève qu'elle soutient de telles initiatives pour autant que celles-ci permettent une garantie d'égalité de traitement des créanciers, une meilleure coopération et un échange d'information efficace.
La lecture de ce rapport permet d'affirmer que très généralement les objectifs de simplification et d'efficacité visés en 2004 ont été atteints, tout au moins pour les cas traités, rappelons qu'aucune faillite bancaire n'a été traitée. Elle met en lumière l'apport précieux des chargés d'enquête qui interviennent tant avant que pendant la faillite. Le lecteur attentif sera aussi frappé par les liens très étroits entre l'activité de surveillance et la mise en faillite des intermédiaires non autorisés.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Anne Héritier Lachat, Publication du rapport sur l'insolvabilité bancaire, publié le 4 février 2008 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/572/