

finma

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

Eingang

20. Mai 2016

Nater Dallafior Rechtsanwälte AG

DÉCISION

de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

du 19 mai 2016

dans la cause

Banque Privée Espírito Santo SA en liquidation

Rue Pépinet 3, c/o Carrard Consulting SA, 1003 Lausanne

concernant

Institution d'une commission de surveillance



En fait

(1) Par décision du 17 septembre 2014, l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (**FINMA**) a prononcé la faillite de la Banque Privée Espírito Santo (**BPES**) avec effet au 19 septembre 2014 et, simultanément, levé les autorisations d'exercer une activité bancaire et de négociant en valeurs immobilière que la BPES détenait jusqu'à ce moment. Elle a nommé Carrard Consulting SA (**Liquidateur**) pour liquider la BPES, conformément au droit de la faillite bancaire.

(2) La circulaire n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur a indiqué aux créanciers la volonté du Liquidateur d'établir une commission de surveillance dans la liquidation de la BPES. La démarche a fait l'objet d'une publication dans la Feuille officielle suisse du commerce et sur le site internet de la FINMA (www.finma.ch) le 29 mars 2016. Dans le délai imparti, 51 candidatures ont été recueillies par le Liquidateur (toutes catégories confondues).

(3) Le Liquidateur a examiné les candidatures et fait parvenir une proposition concernant la composition de la commission de surveillance à la FINMA par courriers des 4 et 12 mai 2016. Parallèlement, il a élaboré un projet de règlement de la commission des créanciers, lequel a également été transmis à la FINMA.

(4) Les propositions du Liquidateur, tant en ce qu'elles concernent la composition, la compétence que les éléments qui en découlent ont fait l'objet d'un examen par la FINMA pour aboutir à la présente décision.

(5) En tant que besoin, l'état de fait exposé est complété spécifiquement dans les considérants en droit qui suivent.

En droit

1. Institution d'une commission de surveillance

(6) Sur proposition du liquidateur de la faillite, la FINMA décide de la désignation et de la composition d'une commission de surveillance (également dite commission des créanciers¹, les deux locutions étant synonymes dans la présente décision) et en définit les tâches et les compétences (art. 35 al. 1 let. b LB² en relation avec l'art. 15 OIB-FINMA³). La FINMA n'est pas liée par les propositions du liquidateur de la faillite (art. 35 al. 2 LB). À cet effet, elle peut utiliser pleinement son pouvoir d'appréciation.⁴

¹ Message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, FF 2002 7476, 7507 (Message LB 2002).

² Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0 ; Loi sur les banques, LB).

³ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières (RS 952.05 ; Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, OIB-FINMA).

⁴ BSK BankG-HAAS, Art. 35, N 2.

2. Opportunité d'une commission de surveillance

(7) La FINMA décide la désignation d'une commission de surveillance (art. 35 al. 1 let. b LB en relation avec l'art. 15 al. 1 OIB-FINMA). Elle instaure une telle commission selon le cas particulier, lorsque c'est un moyen opportun de représenter les intérêts des créanciers.⁵ en tenant compte des circonstances particulières du cas.⁶ Par analogie, le droit de la faillite ordinaire considère que l'institution d'un tel organe se justifie surtout dans des situations commerciales complexes.⁷

(8) Parmi les critères pertinents pour décider de l'opportunité d'instituer une commission de surveillance figurent le nombre de créanciers et la grandeur de l'établissement à liquider.⁸ La complexité de la liquidation et d'autres circonstances particulières peuvent également être déterminantes pour justifier l'institution d'une telle commission.⁹

(9) En l'espèce, le nombre de créanciers impliqués dans la liquidation de la BPES est significatif ; celui des créances produites et/ou inscrites dans les livres de la BPES dépasse largement le millier. La circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur indique qu'à ce jour, « environ 2'000 productions de créances ont été enregistrées pour un montant total brut (avant analyse du bien-fondé et purge des productions multiples) supérieur à CHF 2.7 milliards (chiffre provisoire) »¹⁰. Les créances produites sont l'œuvre de créanciers de nature très diverse (cf. consid. (11) ss ci-dessous). De plus, en raison de l'appartenance de la BPES à un groupe de sociétés à l'envergure internationale, la faillite de la BPES connaît des imbrications dans plusieurs ordres juridiques. Ces imbrications sont d'abord de nature intra-groupe. Elles concernent l'existence d'une succursale de la BPES au Portugal,¹¹ mais ne s'arrêtent pas là. BPES entretenait des relations d'affaires avec plusieurs entités du groupe sises à l'étranger, notamment au Luxembourg. Certaines de ces entités sont également en situation de liquidation aujourd'hui. Ces circonstances rendent la liquidation de la BPES plus complexe encore.¹² Ensuite, des imbrications dans plusieurs ordres juridiques résultent également de la clientèle de la BPES, que la faillite a muée de client en créancier. Finalement, la situation commerciale de la BPES commande l'institution d'une commission de surveillance. À ce jour, son activité bancaire n'a en effet pas encore pu intégralement cesser.¹³

(10) Ainsi, la faillite de la BPES satisfait aux exigences justifiant l'institution d'une commission des créanciers. La FINMA considère que l'institution d'une commission des créanciers est opportune pour représenter adéquatement les intérêts des créanciers.

⁵ Message LB 2002, FF 2002 7476, 7510.

⁶ Commission fédérale des banques, Numéro spécial: Faillite bancaire et garantie des dépôts, Bulletin 48/2006, 230.

⁷ STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3^{ème} édit, 361.

⁸ Commission fédérale des banques, Numéro spécial: Faillite bancaire et garantie des dépôts, Bulletin 48/2006, 212.

⁹ Par analogie, STOFFEL/CHABLOZ, Voies d'exécution, 3^{ème} édit, 361.

¹⁰ Circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, 5.

¹¹ Circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, 7.

¹² Circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, 4.

¹³ Circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, 7.

3. Composition

3.1 Catégories et pondération des membres

(11) La FINMA décide de la composition de la commission de surveillance (art. 35 al. 1 let. b LB en relation avec l'art. 15 al. 1 à 3 OIB-FINMA). Pour déterminer la composition de la commission des créanciers, la FINMA veille à ce que les créanciers importants des différentes catégories de créanciers soient représentés.¹⁴ Elle doit en particulier considérer une représentation appropriée respectivement des créanciers importants et des différentes catégories de créanciers.¹⁵

(12) En l'espèce, cinq catégories sont circonscrites pour composer la commission des créanciers. Ce sont :

- Catégorie 1, représentant les créanciers de la 1^{ère} et 2^{ème} classe ;
- Catégorie 2, représentant les créanciers de la 3^{ème} classe non-clients de la BPES ;
- Catégorie 3, représentant les créanciers intra-groupe ;
- Catégorie 4, représentant les créanciers de la 3^{ème} classe faisant valoir des prétentions en lien avec les produits du groupe Espirito Santo ;
- Catégorie 5, représentant les créanciers de la 3^{ème} classe qui ne font pas valoir des prétentions en lien avec les produits du groupe Espirito Santo.

(13) Les catégories évoquées correspondent aux principaux types de créances produites dans la faillite de la BPES. Elles circonscrivent adéquatement les intérêts en présence. La nomination d'un représentant de l'organisme de garantie des dépôts sur la base de l'art. 15 al. 2 OIB-FINMA, n'est pas requise en l'espèce, faut d'implication dudit organisme dans la liquidation de la BPES. Partant, les catégories de créanciers énumérées plus haut permettent de tenir compte adéquatement, sur le plan qualitatif, de l'ensemble des intérêts des créanciers de la faillite de la BPES.

(14) Sur le plan quantitatif, une pondération du nombre de membres par catégorie peut se révéler opportune pour tenir compte d'éventuelles disparités. En l'espèce, le nombre considérable de créanciers ayant produit des créances en 3^{ème} classe et qui font valoir des dommages-intérêts résultant des titres émis par des sociétés du groupe Espirito Santo – la catégorie 4 – justifie une pondération plus forte de leurs intérêts au sein de la commission des créanciers. Dans ce sens, chacune des catégories 1, 2, 3 et 5 est représentée par un membre ; la catégorie 4 en revanche par deux membres. De cette manière, les créanciers importants des différentes catégories de créanciers sont représentés de manière adéquate dans la commission des créanciers.

¹⁴ Commission fédérale des banques, Numéro spécial: Faillite bancaire et garantie des dépôts, Bulletin 48/2006, 230.

¹⁵ BSK BankG-HAAS, Art. 35, N 13.

3.2 Désignation des membres

(15) Le choix des membres de la commission des créanciers dépend de deux éléments. D'une part, il est tributaire des candidatures déposées selon les modalités déterminées par le Liquidateur dans la circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, notamment le respect du délai fixé¹⁶. D'autre part, il repose sur plusieurs critères objectifs. Ce sont notamment : le nombre de créanciers soutenant la candidature, le volume des créances produites par ces derniers, l'expérience professionnelle générale, mais aussi spécifique de l'insolvabilité bancaire. Ce sont aussi les aptitudes nécessaires pour garantir un fonctionnement efficace de la commission des créanciers, comme la qualification professionnelle et la capacité à communiquer – en l'occurrence en français. En effet, l'ensemble des créanciers a un intérêt à une commission des créanciers fonctionnant de manière efficace.

(16) En l'espèce, le Liquidateur a reçu 51 candidatures (toutes catégories confondues).¹⁷ Sur la base de ces candidatures, les membres suivants sont retenus pour composer la commission des créanciers :

- catégorie 1 : François Chaudet ;
- catégorie 2 : Cédric Chapuis ;
- catégorie 3 : Christophe Piguet ;
- catégorie 4 : Alexandre Troller et Eric Alves de Sousa ;
- catégorie 5 : Matthias Gstoehl.

(17) Les six membres désignés exercent la profession d'avocat, sont professionnellement actifs en Suisse et maîtrisent la langue de travail de la liquidation en cause. Ils représentent des personnes ayant produit une créance dans la liquidation de la BPES et, au sein de leur catégorie respective, un nombre significatif de créanciers et/ou un volume de créances produites également significatif. Le volume des créances représentées par chaque membre, toutes catégories confondues, est conséquent. Les six membres désignés disposent au surplus tous d'une expérience professionnelle solide. Ils apportent un savoir technique, pratique et juridique important, tant dans le domaine bancaire au sens large, mais aussi dans ceux du droit de l'insolvabilité et du droit civil notamment.

3.3 Présidence

(18) La FINMA nomme le président (art. 15 al. 3 OIB-FINMA).

(19) En l'espèce, la FINMA désigne Cédric Chapuis comme président de la commission des créanciers ; elle désigne également Matthias Gstoehl comme vice-président. Ses choix se justifient pour garantir un équilibre des intérêts en cause dans la prise de décision.

¹⁶ Circulaire aux créanciers n° 6 du 29 mars 2016 du Liquidateur, 9.

¹⁷ E-mail du Liquidateur à la FINMA du 13 mai 2016.

3.4 Indemnisation

(20) La FINMA fixe l'indemnisation des membres (art. 15 al. 3 OIB-FINMA). Comme pour l'indemnisation du liquidateur de la faillite, les règles de l'OELP¹⁸, applicables dans la faillite ordinaire, ne trouvent pas application pour l'indemnisation des membres de la commission des créanciers de la faillite bancaire.¹⁹

(21) En l'espèce, l'indemnisation des membres de la commission des créanciers intervient sur une base horaire. Le taux horaire est arrêté à CHF 450.- (plus TVA, si applicable) pour les membres ; il est arrêté à CHF 100.- (plus TVA, si applicable) pour leur secrétariat respectif. Le taux horaire retenu de l'indemnisation correspond à la pratique habituelle en matière de liquidation dans le domaine bancaire.

(22) Le règlement de la commission des créanciers arrête au surplus, les modalités de l'indemnisation de la commission des créanciers.

4. Compétences

4.1 Tâches

(23) La FINMA définit les tâches et les compétences de la commission des créanciers (art. 35 al. 1 let. b LB en relation avec l'art. 15 al. 1 et 3 OIB-FINMA). L'ampleur des compétences qui lui sera attribuées dépendra des besoins.²⁰

(24) En l'espèce, les tâches de la commission des créanciers dans la faillite de la BPES sont les suivantes :

- surveiller le Liquidateur, lui donner des avis quand elle en sera requise et s'opposer à toute mesure qui lui paraîtrait contraire aux intérêts des créanciers ;
- autoriser la continuation de l'activité bancaire de la BPES et en régler les conditions ;
- approuver les comptes, autoriser le Liquidateur à plaider, à transiger ou à conclure un compromis ;
- contester les créances admises par le Liquidateur ;
- autoriser des répartitions provisoires en cours de liquidation ;
- être consultée sur les honoraires mensuels du Liquidateur.

¹⁸ Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.35 ; OELP).

¹⁹ BSK BankG-HAAS, Art. 35, N 13 ; Commission fédérale des banques, Numéro spécial: Faillite bancaire et garantie des dépôts, Bulletin 48/2006, 231.

²⁰ Commission fédérale des banques, Numéro spécial: Faillite bancaire et garantie des dépôts, Bulletin 48/2006, 212.

(25) Les tâches qui précèdent correspondent à celles ordinairement attribuées à la commission des créanciers de la faillite ordinaire (art. 237 al. 3 ch. 1 à 5 LP²¹),²² avec la spécificité de la consultation de la commission des créanciers sur les honoraires mensuels du Liquidateur (cf. ch. (24), dernier tiret, ci-dessus). Fondamentalement, cette tâche s'inscrit dans la tâche plus générale de l'approbation des comptes (cf. ch. (24), troisième tiret, ci-dessus), dont elle précise singulièrement la portée concernant les honoraires du Liquidateur. Elle apparaît opportune à l'aune des circonstances de la faillite BPES, notamment de l'intensité des exigences de la liquidation et de sa durée.

4.2 Prise des décisions

(26) La FINMA détermine la procédure de prise de décision (art. 15 al. 3 OIB-FINMA). En pratique la procédure de prise de décision est généralement consignée dans un règlement, que la commission des créanciers élabore et approuve lors de sa séance initiale. Dans la faillite ordinaire, l'art. 44 OAOF²³ prévoit qu'un procès-verbal ordinaire, et non sommaire,²⁴ doit être tenu.²⁵

(27) En l'espèce, la FINMA invite la commission des créanciers à lui faire parvenir un règlement définissant son fonctionnement. Ce règlement déterminera les modalités de la prise de décisions au sein de la commission des créanciers. Il adressera notamment les points de la convocation, de l'ordre des séances, de la récusation, du quorum, du mode de décision et de la verbalisation. Le règlement spécifiera concernant le dernier point mentionné, que le procès-verbal se fera sous forme ordinaire et qu'il indiquera nominativement le vote de chaque membre présent ou représenté. Les mesures concernant la verbalisation sont commandées en raison du rapport de liquidation, particulier à la faillite selon le droit bancaire, entre le Liquidateur et la FINMA.

(28) Pour entrer en vigueur, le règlement requiert l'approbation de la FINMA, pour les mêmes raisons justifiant les mesures relatives à la verbalisation (cf. ch. (27) ci-dessus). En cas d'approbation, il sera considéré comme étant entré en vigueur rétroactivement, à la date de la présente décision. Parallèlement, dès l'approbation du règlement, la commission de surveillance est valablement instituée, avec effet à la date de la présente décision.

5. Voie de droit, coûts, notification et publication

5.1 Voie de droit

(29) Dans la faillite bancaire, dont le régime est déterminé par le chapitre XII de la LB, les créanciers et les propriétaires d'une banque ne peuvent recourir que contre certaines décisions, définies à l'art. 24 al. 2 LB. Les recours au sens de l'art. 17 LP sont exclus (art. 24 al. 2 LB).

²¹ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1 ; LP).

²² STOFFEL/CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3^{ème} édit, 361 ; COR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 237, N 35.

²³ Ordonnance sur l'administration des offices de faillite (RS 281.32; OAOF).

²⁴ BSK SchKG-RUSSENBERGER, Art. 237, N 55.

²⁵ COR LP-JEANDIN/FISCHER, art. 237, N 26.

(30) L'institution d'une commission des créanciers est une décision fondée sur l'art. 35 al. 1 let. b LB, lequel fait partie du chapitre XII de la LB. Elle ne fait cependant pas partie des décisions susceptibles de recours dans la faillite bancaire. Partant, la présente décision n'est pas susceptible de recours et aucune voie de droit n'est indiquée.

(31) Si un recours devait néanmoins être déposé pour contester la présente décision, il n'aurait dans tous les cas aucun effet suspensif, en raison de l'art. 24 al. 3 LB. Dans ce sens, la présente décision est immédiatement exécutoire.

5.2 Coûts

(32) Les coûts de la décision, en application des art. 15 et 55 LFINMA²⁶ en relation notamment avec les art. 5 et 8 Oém-FINMA²⁷, s'élèvent à CHF 500.-. Ses coûts seront facturés ultérieurement par la FINMA à la masse de la faillite.

5.3 Notification, publication

(33) La présente décision est notifiée aux créanciers de la liquidation de la BPES, aux membres désignés de la commission des créanciers (cf. ch. (16) ci-dessus) et au Liquidateur. La notification de la faillite de la BPES aux créanciers intervient par circulaire et sera mise en œuvre par le Liquidateur sans retard.

(34) La FINMA publie dans la Feuille officielle suisse du commerce ainsi que sur le site internet de la FINMA (www.finma.ch) la présente décision.

²⁶ Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 956.1 ; Loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA).

²⁷ Ordonnance réglant la perception d'émoluments et de taxes par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (RS 952.122 ; Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA, Oém-FINMA).

L'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA décide:

1. Une commission de surveillance est instituée dans la procédure de faillite de la Banque Privée Espírito Santo en liquidation, sous réserve de l'approbation de son règlement (cf. dispositif, point 7).
2. La commission de surveillance est composée de la manière suivante :
 - a. François Chaudet ;
 - b. Cédric Chapuis ;
 - c. Christophe Piguet ;
 - d. Alexandre Troller ;
 - e. Eric Alves de Sousa ;
 - f. Matthias Gstoehl.
3. Cédric Chapuis est désigné président de la commission de surveillance; Matthias Gstoehl est désigné vice-président de la commission de surveillance.
4. L'indemnisation des membres de la commission de surveillance intervient sur une base horaire, dont le taux est arrêté à CHF 450.- (plus TVA, si applicable) pour les membres et à CHF 100.- (plus TVA, si applicable) pour leur secrétariat respectif.
5. Les tâches de la commission de surveillance sont les suivantes :
 - a. surveiller le liquidateur de la faillite, lui donner des avis quand elle en sera requise et s'opposer à toute mesure qui lui paraîtrait contraire aux intérêts des créanciers ;
 - b. autoriser la continuation de l'activité bancaire de la Banque Privée Espírito Santo en liquidation et en régler les conditions ;
 - c. approuver les comptes, autoriser le liquidateur de la faillite à plaider, à transiger ou à conclure un compromis ;
 - d. contester les créances admises par le liquidateur de la faillite ;
 - e. autoriser des répartitions provisoires en cours de liquidation ;
 - f. être consultée sur les honoraires mensuels du liquidateur de la faillite.

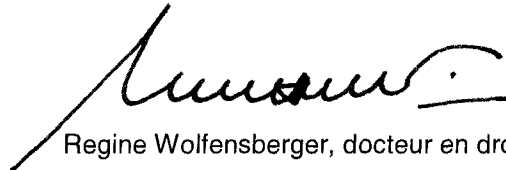
6. La commission de surveillance instituée transmet à la FINMA un règlement définissant son fonctionnement pour approbation. Ce règlement adressera au moins les points de la convocation, de l'ordre des séances, de la récusation, du quorum, du mode de décision et de la verbalisation. Il prévoira la tenue d'un procès-verbal sous forme ordinaire et indiquera nominativement, dans la prise de décision, le vote de chaque membre présent ou représenté.
7. En cas d'approbation par la FINMA, le règlement définissant le fonctionnement de la commission de surveillance entre vigueur rétroactivement à la date de la présente décision. Dès l'approbation du règlement, la commission de surveillance est valablement instituée avec effet rétroactif à la date de la présente décision.
8. La présente décision n'est pas susceptible de recours. Elle est immédiatement exécutoire.
9. Les chiffres 1 à 8 du présent dispositif sont publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce et sur le site internet de la FINMA (www.finma.ch).
10. Les frais de la présente décision s'élèvent à CHF 500.- et sont à la charge de la Banque Privée Espirito Santo en liquidation ; leur facturation interviendra de manière séparée, ultérieurement.

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA

Division Enforcement



David Wyss, docteur en droit



Regine Wolfensberger, docteur en droit

Voies de droit :

Contre la présente décision, aucune voie de droit n'est ouverte (conformément au consid. 5.1).

Notification à :

- **Banque Privée Espírito Santo SA en liquidation**, Rue Pépinet 3, c/o Carrard Consulting SA, 1003 Lausanne (recommandé avec accusé de réception) ;
- **François Chaudet**, CBWM & ASSOCIÉS, Place Benjamin-Constant 2, Case postale 5624, 1002 Lausanne (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Cédric Chapuis**, Bär & Karrer AG, Quai de la Poste 12, 1211 Genève (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Christophe Piguet**, Place St-François 5, Case postale 7175, 1003 Lausanne (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Alexandre Troller**, Rue de la Mairie 35, Case postale 6569, 1211 Genève 6 (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Eric Alves de Sousa**, BAZ Legal, Rue Monnier 1, Case postale 205, 1211 Genève 12 (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Matthias Gstoehl**, Nater Dallafior Rechtsanwälte AG, Hottingerstrasse 21, Case postale, 8024 Zurich (recommandé avec accusé de réception) ;
- **Créanciers de la faillite de la Banque Privée Espírito Santo SA en liquidation** (par circulaire, conformément au consid. 5.3).

Date d'expédition :

19 MAI 2016