

Novembre 2012

Rapport sur les résultats de l'audition relative à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances

Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances, qui a eu lieu du 8 mai au 30 juin 2012

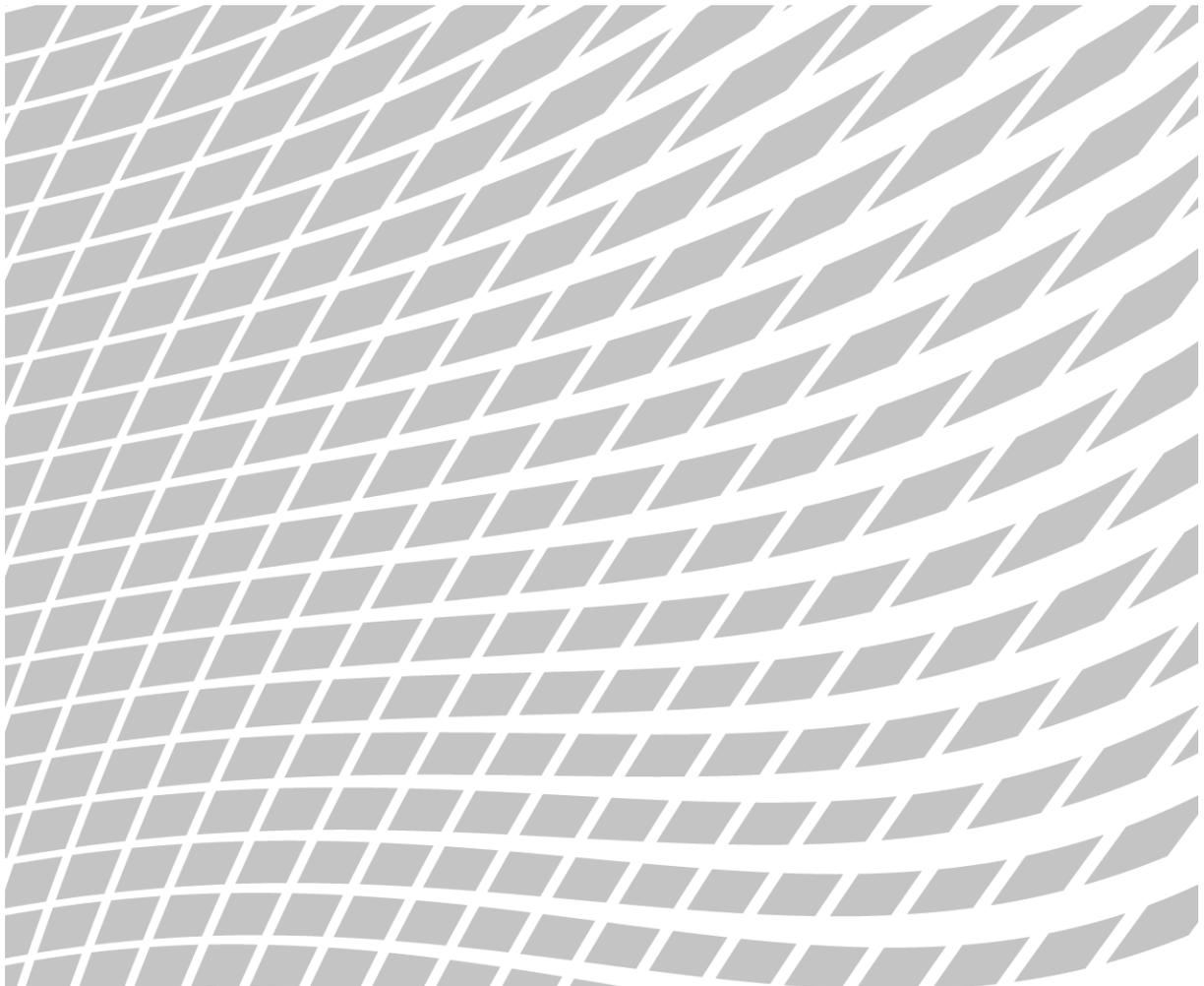


Table des matières

1	Eléments essentiels.....	3
2	Introduction.....	3
3	Prises de position reçues.....	4
4	Résultat de l'audit et évaluation par la FINMA.....	4
4.1	Généralités.....	4
4.2	Dispositions générales de l'OFA-FINMA	5
4.3	Faillite des assurances	7
4.4	Dispositions finales	8
5	Conclusion.....	8

1 Éléments essentiels

Contenu de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances

1. L'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (OFA-FINMA) définit la procédure à suivre en cas de faillite d'une entreprise d'assurance.
2. Elle concrétise les dispositions générales des art. 53 à 59 de la loi sur la surveillance des assurances (LSA).

Résultats de l'audition

3. Le projet d'OFA-FINMA publié le 8 mai 2012 en vue d'une audition a été salué par la grande majorité des participants. Les avis reçus ont surtout évalué positivement le niveau de transparence atteint grâce à la concrétisation et à l'amélioration connexe de la sécurité juridique.
4. Les critiques énoncées dans les prises de position portent principalement sur des aspects formels. Peu concernent le fond. Les dispositions spécifiques à la fortune liée, notamment, n'ont fait l'objet d'aucune contestation.
5. Un participant à l'audition conteste entièrement à la FINMA le droit d'édicter une OFA-FINMA.

Modifications apportées au projet d'OFA-FINMA

6. Des modifications principalement formelles ou rédactionnelles ont été apportées à la version de l'OFA-FINMA présentée à l'audition. Peu de modifications ont été apportées au fond. En revanche, l'usage constant des formes masculines et féminines en allemand, qui a été critiqué, se doit d'être conservé, même s'il entrave la lisibilité.

2 Introduction

La FINMA a mené une audition publique relative à son projet d'ordonnance sur la faillite des entreprises d'assurance (ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances, OFA-FINMA) du 8 mai au 30 juin 2012. Elle a précisé dans un rapport explicatif les normes définies dans cette ordonnance, leur contexte et les objectifs poursuivis.

L'audition a été présentée sur le site internet de la FINMA et était ouverte à toute personne intéressée. Par ailleurs, certains particuliers et certaines institutions ayant un lien spécifique avec la thématique ont été informés personnellement de l'audition, par courriel, et invités à y participer.

Le présent rapport expose sous une forme générale et résumée les avis émis par les participants à l'audition relative au projet d'OFA-FINMA.

3 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont pris part à l'audition et ont adressé une prise de position à la FINMA :

- Association Suisse d'Assurances
- Bureau National Suisse d'Assurance et Fonds National Suisse de Garantie
- Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle
- Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
- Fédération Suisse des Avocats
- Holenstein Rechtsanwälte AG
- Office fédéral de la santé publique
- Office fédéral des assurances sociales
- santésuisse
- Schellenberg Wittmer
- Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances

4 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

4.1 Généralités

Le projet d'OFA-FINMA (P-OFA-FINMA) et le rapport explicatif correspondant ont été salués par tous les participants à l'audition, à une exception près. Une prise de position suggérait de fusionner les dispositions du projet d'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (P-OIB-FINMA) et celles du P-OFA-FINMA pour en faire une seule ordonnance. Or la FINMA avait déjà discuté d'une fusion du P-OIB-FINMA et du P-OFA-FINMA (ainsi que du projet d'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs, qui a été publié entre temps ; P-OFPC-FINMA) avant leur publication. Il a été décidé de présenter trois ordonnances distinctes en raison de leur faible unité matérielle, afin d'éviter une lisibilité réduite et l'absence d'uniformité au niveau de la loi. En revanche, les prescriptions dont la teneur réglementaire est identique sont formulées de façon identique dans les trois ordonnances afin de garantir une application uniforme ou la mise en place d'une pratique homogène.

Les dispositions spécifiques à la faillite des assurances, à savoir le traitement de la fortune liée prévu dans le P-OFA-FINMA lors d'une procédure de faillite, n'ont donné lieu à aucun commentaire sur le fond. Un seul participant à l'audition a proposé, en relation avec l'audition relative au P-OFPC-FINMA, de reprendre mutatis mutandis les prescriptions relatives au traitement des compartiments d'une SICAV en faillite pour la fortune liée réglée dans l'OFA-FINMA, car les deux dispositifs poursuivent la même intention réglementaire, mais la formulation est plus claire et plus compréhensible dans le P-OFPC-FINMA. Cette suggestion a été prise en compte dans la présente version de l'OFA-FINMA. Toutefois, malgré l'intégration de cette proposition, les créances devant être garanties par la fortune liée demeurent colloquées avant la première classe selon l'art. 219 al. 4 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) en cas de faillite d'une entreprise d'assurance.

L'Office fédéral de la santé publique a été le seul participant à l'audition à rejeter tout droit d'existence du P-OFA-FINMA en raison de l'absence d'une base légale. Ce faisant, il ignore que l'art. 54 al. 3 LSA délègue à la FINMA la compétence de légiférer, comme le rappelle le message du 12 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques (garantie des dépôts ; FF 2010 3682). Le Message précise que l'art. 54 al. 3 LSA est conçu « au regard des dispositions relatives à la faillite bancaire actuellement en vigueur ». Dès lors, les commentaires relatifs à l'art. 34 al. 3 de la loi sur les banques (LB ; FF 2002 7509) doivent également être pris en compte : « On ne saurait exclure que la procédure de liquidation requière l'adoption d'autres règles spéciales. Le cas échéant, la FINMA peut prendre des dispositions dérogeant à la loi, cela non seulement dans un cas particulier par le biais d'une décision mais également de manière générale et abstraite, sous la forme d'une ordonnance. » Au demeurant, l'Office fédéral de la justice partage également cette position.

Les avis reçus comprenaient par ailleurs des questions, des commentaires et des propositions de modification principalement d'ordre formel concernant différentes normes concrètes. Comme pour l'OIB-FINMA, l'utilisation des formes masculines et féminines en allemand a été déplorée d'une manière générale, au motif qu'elle entraverait la lisibilité. Il ne peut toutefois y être dérogé en raison de prescriptions législatives.

Le P-OFA-FINMA a subi de nombreuses modifications formelles ou rédactionnelles afin d'en améliorer l'intelligibilité et la précision, alors qu'aucun changement notable n'a été apporté à l'OFA-FINMA quant au fond.

4.2 Dispositions générales de l'OFA-FINMA

Peu de prises de position portaient sur les dispositions générales. Seules quelques modifications formelles ont dès lors été effectuées par rapport au projet présenté à l'audition. En outre, plusieurs formulations linguistiques ont été adaptées.

La critique concernant le manque de clarté de l'art. 6 de ce projet, voire son éventuelle contradiction avec le droit de rang supérieur, est infondée. Le contenu proposé de l'art. 6 P-OFA-FINMA concorde avec l'art. 6 OIB-FINMA actuellement en vigueur. Etant donné qu'aucun juge n'a encore été amené à statuer sur ce dernier, la contradiction reprochée ne peut en rien être établie. Au demeurant, l'art. 6 OIB-FINMA a fait ses preuves dans les procédures menées jusqu'à présent par la FINMA. A l'instar de celle de l'art. 6 OIB-FINMA, la formulation de l'article du projet a néanmoins été adaptée eu égard aux considérations exposées ci-après.

Le liquidateur de la faillite agit de manière souveraine, même si l'OFA-FINMA ne l'indique pas explicitement. Seul son pouvoir de rendre des décisions est limité puisqu'il fait office de « bras armé » de la FINMA lors de la liquidation d'une faillite. L'action souveraine de la FINMA n'est pas contestée. Le liquidateur de la faillite est compétent pour la liquidation proprement dite de la faillite, tandis que la FINMA conserve des pouvoirs décisionnels essentiels au règlement de la faillite (par ex. l'approbation du tableau de distribution selon l'art. 35 al. 2 OFA-FINMA ou la décision de saisir la justice en vertu de l'art. 21 al. 4 OFA-FINMA). La FINMA reste habilitée à rendre des décisions en cas de recours à un liquidateur de la faillite. S'il n'en était pas ainsi, la FINMA (qui agit en première instance) devrait juger des recours contre les décisions prises par le liquidateur de la faillite auquel elle a fait appel. En outre,

une telle réglementation aurait dérogé au principe voulant que des décisions puissent être portées devant deux instances – dans le cas présent, elles auraient pu l'être devant trois instances (la FINMA, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral), la FINMA ne constituant de surcroît pas une instance indépendante. Une réglementation prévoyant trois instances irait à l'encontre de la célérité de la procédure, qui est recherchée en l'espèce et souhaitée de manière générale. Comme alternative, la décision du liquidateur de la faillite devrait être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral sans évaluation par la FINMA. Il ne serait pas judicieux de contourner ainsi cette dernière eu égard à sa proximité technique avec la chose jugée, sans compter qu'une base légale ferait défaut pour recourir directement au Tribunal administratif fédéral. De plus, il faut préciser que la FINMA perdrait alors un instrument de surveillance essentiel au profit du liquidateur de la faillite, puisque l'octroi du pouvoir décisionnel à ce dernier reviendrait pour la FINMA à renoncer au caractère normatif de sa surveillance et à se départir de toute influence sur ses actions dans le cadre de sa compétence décisionnelle.

On peut dès lors considérer que la réglementation définie par la Commission fédérale des banques (CFB) lors de la promulgation de l'OIB-FINMA, à savoir attribuer la compétence décisionnelle à l'autorité et non au liquidateur de la faillite, est également judicieuse pour la procédure de faillite des assurances. Le nouvel art. 6 al. 3 OFA-FINMA, dont la rédaction a été modifiée depuis le projet présenté à l'audition, doit être compris dans ce sens. Sur le fond, il n'y a aucun changement par rapport à la situation juridique actuelle. Quiconque est touché dans ses intérêts par la décision, l'acte ou l'omission d'une personne à qui la FINMA a confié des tâches en vertu de l'OFA-FINMA peut dénoncer les faits à la FINMA. Aux fins de clarté, il est désormais indiqué explicitement à l'art. 6 al. 3 OFA-FINMA que la FINMA établit l'état de fait à l'origine de la dénonciation et prend les mesures qui s'imposent. Cet alinéa précise que celles-ci peuvent aller jusqu'à une décision si nécessaire. De manière générale, en vertu de l'art. 6 al. 2 OFA-FINMA, les dénonciateurs n'ont pas la qualité de partie dans le cadre des vérifications et des mesures de la FINMA en découlant, y compris une éventuelle décision. Il en résulte par ailleurs qu'ils n'ont aucun droit à ce qu'une décision soit rendue, ni même à en être les destinataires.

Concernant la critique relative à l'art. 9 al. 3 P-OFA-FINMA, le for de la faillite ne se trouve pas au domicile des personnes physiques, mais au lieu de l'exploitation commerciale où l'activité soumise à autorisation est exercée, comme le mentionne le rapport explicatif. Cette règle permet à la FINMA de se concentrer sur l'activité soumise à autorisation en Suisse, conformément à son mandat légal ; le domicile de la personne physique est secondaire en l'espèce. Par ailleurs, la plupart des créanciers feront valoir contre cette personne des créances issues de l'activité commerciale qui n'ont aucun lien avec le domicile, en particulier pour les preneurs d'assurance. Dans ce contexte, il s'impose de s'écarter de l'art. 46 LP.

Enfin, l'art. 12 OFA-FINMA se dote d'un nouvel al. 2 selon lequel la FINMA peut accepter une demande de reconnaissance, même en l'absence de réciprocité de la part de l'Etat étranger en question, dans la mesure où cela sert les intérêts des créanciers concernés. A cet égard, l'art. 54d LSA en lien avec les art. 166 à 175 de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) – les art. 54d LSA et 37g al. 5 LB y renvoyant uniquement « au demeurant » – revêt le caractère de *lex specialis*. Dans l'intérêt de la place financière suisse axée sur l'international et eu égard aux particularités de la procédure de faillite des assurances, l'octroi de la réciprocité mentionné à l'art. 166 al. 1 let. c LDIP par l'Etat où la décision a été rendue n'est pas une condition obligatoire, mais purement facultative, pour reconnaître

une décision de faillite étrangère (au sujet de l'insolvabilité bancaire, cf. le message du 20 novembre 2002 concernant la modification de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne ; FF 2002 7476, 7516 s.). Le Tribunal fédéral suisse estime également qu'il n'est pas indiqué d'exiger la réciprocité en matière d'insolvabilité bancaire (cf. ATF 137 III 570 consid. 3). Compte tenu des doutes croissants exprimés à propos de l'exigence de réciprocité et de la restriction mentionnée selon laquelle on ne peut y déroger que si cela sert les intérêts des créanciers, la réglementation adoptée à l'art. 12 al. 2 OFA-FINMA va dans le sens de la loi.

Au demeurant, il convient de préciser pour l'ensemble de la procédure qu'en l'absence de liquidateur de la faillite, la FINMA exerce elle-même ses fonctions et ses compétences et assume donc sa mission.

4.3 Faillite des assurances

Les autres articles de l'OFA-FINMA portent sur l'ouverture de la procédure, les actifs et les passifs de la faillite, la réalisation, la distribution et la clôture de la procédure.

Ici aussi, le texte a été modifié, notamment à l'art. 14 (assemblée des créanciers), l'art. 21 (créances, prétentions et révocations), l'art. 36 (distribution du reste de la fortune) et l'art. 40 OFA-FINMA (biens découverts ultérieurement et biens consignés).

L'art. 17 OFA-FINMA a été modifié sur le fond puisque désormais – sur la base de l'art. 232 al. 2 ch. 4 LP – les droits de préférence existants ne s'éteignent plus uniquement lorsque l'annonce n'est pas effectuée « par dol », mais également lorsqu'elle est omise « de façon injustifiée ».

Les art. 24 et 25 P-OFA-FINMA ont été regroupés et simplifiés. D'après l'al. 1, les créances produites et celles découlant de la loi doivent être examinées. Sont considérées comme découlant de la loi en vertu de l'al. 3 les créances inscrites au registre foncier, y compris l'intérêt courant, et les créances inscrites dans les livres de l'entreprise d'assurance selon l'art. 10 OFA-FINMA. Le regroupement de ces deux articles modifie en conséquence la numérotation des autres dispositions de l'OFA-FINMA. L'art. 34 P-OFA-FINMA (à présent art. 33 OFA-FINMA) se dote d'un nouvel al. 3 qui précise qu'une cession des droits au sens de l'art. 33 P-OFA-FINMA (à présent art. 32 OFA-FINMA) n'est pas considérée comme une réalisation.

L'art. 34 OFA-FINMA a également été adapté, sans toutefois que son contenu ne soit modifié. Désormais, il indique quand et dans quelles circonstances le produit de la vente de la fortune liée peut servir exceptionnellement à couvrir les dettes de la masse en faillite, alors que le P-OFA-FINMA excluait de faire appel à la fortune liée.

Enfin, les dispositions portant sur les créances à couvrir avec la fortune liée ont été précisées. Leur contenu n'a cependant pas été modifié.

4.4 Dispositions finales

Une disposition transitoire est définie aux fins de clarté. Elle stipule que cette ordonnance s'applique aux procédures en cours ou pendantes devant un tribunal au moment de l'entrée en vigueur de celle-ci (art. 41 OFA-FINMA).

5 Conclusion

La FINMA a analysé les prises de position reçues et les critiques formulées et elle en a tenu compte autant que possible lors de la rédaction de l'OFA-FINMA. La version finale de celle-ci présente dès lors des modifications pour la plupart d'ordre formel ou rédactionnel et quelques rares changements de fond par rapport au P-OFA-FINMA.

L'OFA-FINMA entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (cf. art. 42).