

Janvier 2013

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

Rapport de la FINMA sur les résultats de l'audition relative à l'ordonnance sur la faillite des placements collectifs, qui a eu lieu du 10 juillet au 22 août 2012

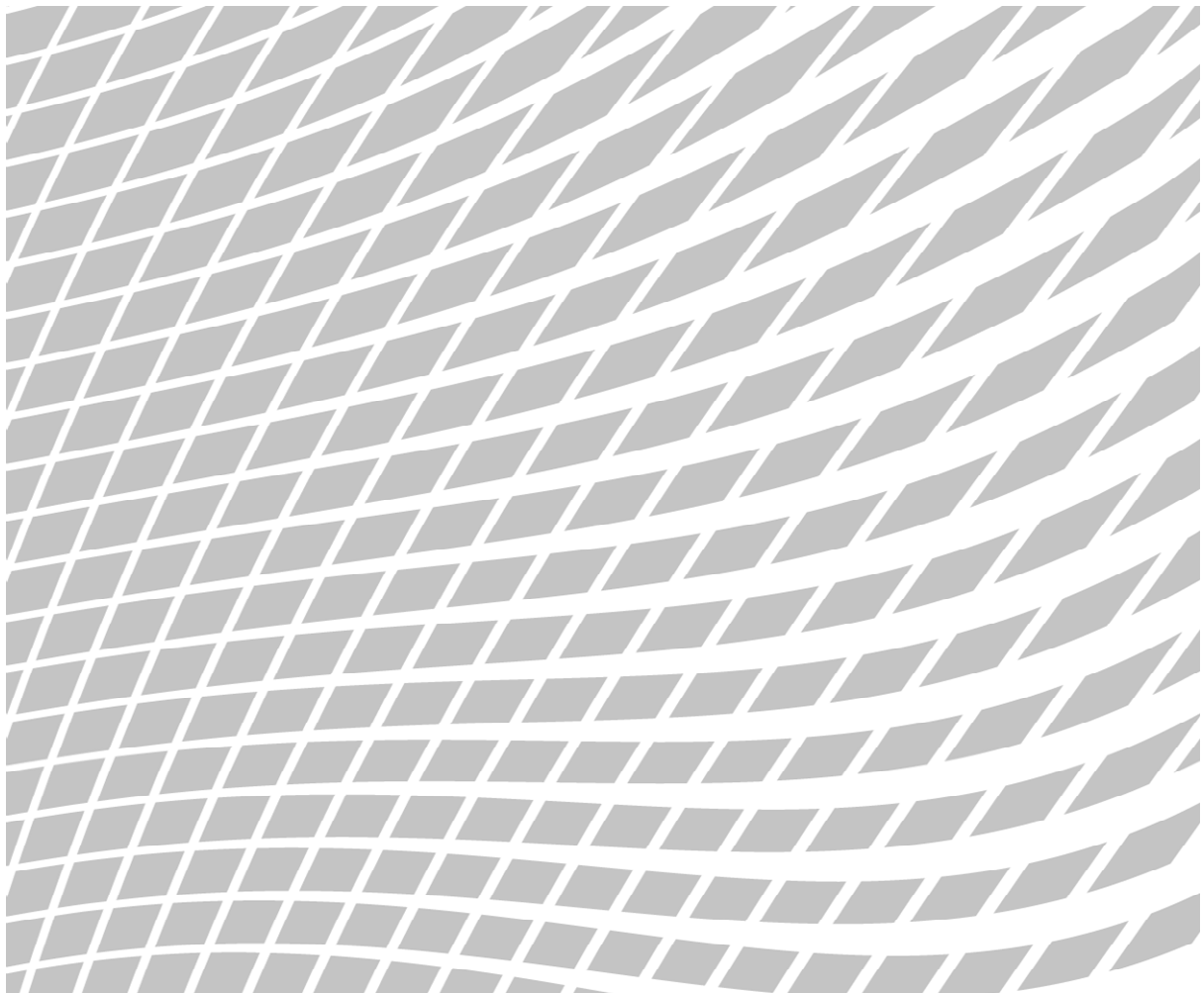


Table des matières

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

1 Éléments essentiels

Contenu de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs

1. L'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs (OFPC-FINMA) définit la procédure à appliquer en cas de faillite de certains titulaires d'autorisation au sens de la loi sur les placements collectifs (LPCC).
2. L'OFPC-FINMA concrétise les art. 137 à 138c LPCC.

Résultats de l'audition

3. Le projet d'OFPC-FINMA publié le 10 juillet 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 desdits articles 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 certains placements collectifs, notamment, n'ont fait l'objet d'aucune contestation.

Modifications apportées au projet d'OFPC-FINMA

5. Des adaptations principalement formelles ou rédactionnelles ont été effectuées par rapport à la version de l'OFPC-FINMA présentée à l'audition. Quelques changements ont été apportés sur le 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.

Révision de la loi sur les placements collectifs

6. Le délai référendaire de la révision de la LPCC a pris fin le 17 janvier 2013. L'OFPC-FINMA s'aligne sur les modifications de la LPCC, elle entrera en vigueur en même temps que celle-ci.

2 Introduction

La FINMA a mené une audition publique relative à son projet d'ordonnance sur la faillite des placements collectifs de capitaux (ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs, OFPC-FINMA) du 10 juillet au 22 août 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 abrégée les avis émis par les participants à l'audition relative au projet d'OFPC-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 des banquiers (ASB) et Swiss Funds Association (SFA)
- Chambre fiduciaire
- Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse
- COPTIS Association suisse des professionnels en titrisation immobilière
- Holenstein Rechtsanwälte

4 Résultat de l'audition et évaluation par la FINMA

4.1 Généralités

Le projet de l'OFPC-FINMA (P-OFPC-FINMA) et le rapport explicatif correspondant ont été favorablement accueillis par tous les participants à l'audition. Ils ont toutefois souligné qu'à leurs yeux il était nécessaire de faire concorder l'OFPC-FINMA avec l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA) ainsi que l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (OFA-FINMA). Les prescriptions légales portant sur la procédure de faillite et dont la teneur réglementaire est identique sont maintenant formulées de façon similaire dans les trois ordonnances afin de garantir une application uniforme ou la mise en place d'une pratique homogène. Dans leurs réponses, les participants ont constaté que les éléments concernant spécifiquement le droit des placements collectifs correspondent aux principes de la LPCC ou sont compatibles avec elle. Dans le même temps, les intervenants ont déploré le fait que le législateur n'ait pas aussi prévu la possibilité d'édicter une ordonnance sur l'insolvabilité.

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 et l'OFA-FINMA, l'utilisation des formes masculines et féminines en allemand a donné lieu à des critiques. L'une des prises de position reçues a de surcroît mis l'accent sur la répétition jugée « inutile » de dispositions du droit des poursuites pour dettes et faillites et un autre intervenant a suggéré de modifier le titre de l'ordonnance en « ordonnance de la FINMA sur la faillite selon la LPCC » (OFPC-FINMA). L'ordonnance règle de manière détaillée le déroulement d'une liquidation pour faillite d'un titulaire d'autorisation au sens de la LPCC assujetti à la surveillance de la FINMA, et ce, en toute indépendance par rapport à la LP. Le déroulement en question va de l'ouverture de la faillite jusqu'à la clôture de la procédure et même aux mesures nécessitées ultérieurement et qui concernent par exemple la conservation des documents. Une réglementation détaillée, établie de manière autonome, n'exclut cependant pas les références à d'autres dispositions légales, ce qui répond à l'exigence de transparence et de simplification de la procédure. Le titre choisi pour le projet d'ordonnance doit être maintenu pour être en phase avec celui de la loi sur laquelle elle se fonde ; son titre a par ailleurs été préalablement coordonné d'entente avec la Chancellerie fédérale.

Le P-OFPC-FINMA a subi de nombreuses modifications formelles ou rédactionnelles afin de le rendre plus compréhensible et précis, alors qu'aucun changement de fond notable n'a été apporté à l'OFPC-FINMA.

4.2 Dispositions générales de l'OFPC-FINMA

Les dispositions générales ont suscité peu de prises de position. Seules quelques modifications formelles ont dès lors été effectuées par rapport au projet présenté à l'audition. En outre, certains passages ont été reformulés.

Dans le contexte de la révision de la LPCC, le champ d'application de l'ordonnance (art. 2 du projet) s'est élargi pour comprendre également les gestionnaires de placements collectifs, étant donné que l'art. 137 al. 1 de la LPCC révisée donne désormais à la FINMA également la compétence de mener la procédure de faillite dans ce domaine. Les participants à l'audition ont aussi fait remarquer à juste titre que seules les personnes physiques et morales – y compris celles qui exercent sans l'autorisation requise – entrent dans le champ d'application de l'ordonnance. Par conséquent, il est impossible d'ouvrir une procédure de faillite à l'égard d'un simple compartiment de SICAV ou d'un fonds de placement contractuel, ceux-ci n'ayant pas de personnalité juridique. Par ailleurs, la fortune collective d'un fonds de placement est distraite en cas de faillite, une disposition qui découle de l'art. 35 LPCC (répétée à l'art. 22 du projet). L'une des prises de position a par ailleurs soulevé la question de savoir pourquoi les associés indéfiniment responsables d'une société en commandite de placements collectifs (SCPC) n'entrent pas dans le champ d'application de l'ordonnance et dans quelle mesure il est possible de procéder à la liquidation de prestataires financiers qui ne sont pas surendettés ou ne présentent pas de problèmes de liquidité importants. Les participants ont parfois suggéré de soumettre l'associé indéfiniment responsable d'une SCPC à l'OFPC-FINMA. Il n'a pas été donné suite à cette demande pour les raisons suivantes : d'une part, l'associé indéfiniment responsable n'est pas un titulaire d'autorisation au sens de la LPCC ; il n'est visé ni à l'art. 173b LP ni à l'art. 137 LPCC. Il n'est pas possible d'étendre le champ d'application de l'ordonnance. Par ailleurs, l'associé indéfiniment responsable n'a pas d'investisseurs et il est par conséquent inutile de l'inclure dans le champ d'application pour des considérations de protection des investisseurs. Quant aux prestataires de services financiers non autorisés, l'art. 135 LPCC prévoit expressément leur dissolution et leur liquidation.

La critique concernant la manque de clarté de l'art. 6 de ce projet, voire sa contradiction avec le droit de rang supérieur, est infondée. L'art. 6 P-OFPC-FINMA concorde avec l'art. 6 OIB-FINMA actuellement en vigueur. Étant donné qu'aucun juge n'a encore été amené à statuer sur celui-ci, une violation du droit ne peut être établie. Au demeurant, l'art. 6 OIB-FINMA a fait ses preuves dans les procédures menées jusqu'à présent par la FINMA. À l'instar de celle de l'art. 6 OIB-FINMA (et de l'art. 6 de l'OFA-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'OFPC-FINMA ne l'indique pas explicitement. Seule sa compétence de rendre des décisions est limitée ce qui découle du fait qu'il fait office de « bras armé » de la FINMA lors de l'exécution d'une faillite. L'action souveraine de la FINMA n'est pas contestée. Le liquidateur de la faillite est compétent pour l'exécution de la faillite proprement dite, 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. 40 al. 2 OFPC-FINMA ou la décision de saisir la justice en vertu de l'art. 24 al. 4 OFPC-FINMA). De même, 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 décider des recours contre les décisions prises par le liquidateur de la faillite auquel elle 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 (la FINMA, le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral), la FINMA ne constituant de surcroît pas une instance indépendante. Si elle prévoyait trois instances, cette réglementation irait à l'encontre de l'accélération 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 avoir été tranchée par la FINMA. Il ne serait pas judicieux de contourner ainsi cette dernière eu égard à sa proximité technique avec la chose à juger, 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 essentiel de surveillance du liquidateur de la faillite, puisque l'octroi du pouvoir décisionnel à ce dernier reviendrait pour la FINMA à renoncer à toute influence sur ses actions dans le cadre de sa compétence décisionnelle et à l'exercice de la surveillance au sens de la création du droit.

On peut dès lors considérer que la réglementation définie par la Commission fédérale des banques (CFB) dans l'OIB-FINMA, à savoir attribuer la compétence décisionnelle à l'autorité et non au mandataire nommé, est également judicieuse pour la procédure de faillite des placements collectifs de capitaux. Le nouvel art. 6 al. 3 OFPC-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. En outre, 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'OFPC-FINMA peut dénoncer les faits à la FINMA. Aux fins de clarté, l'art. 6 al. 3 OFPC-FINMA indique expressément que la FINMA apprécie les faits qui font l'objet 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 OFPC-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 telle décision soit rendue, ni même à en être les destinataires.

Concernant la critique relative à l'art. 10 al. 3 P-OFPC-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. A l'encontre d'une telle personne, la plupart des créanciers feront valoir des créances issues de l'activité commerciale qui n'ont aucun lien avec le domicile. Dans ce contexte, une divergence par rapport à l'art. 46 LP s'impose.

Enfin, l'art. 12 OFPC-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. 138c LPCC constitue une *lex specialis* primant les art. 166 à 175 LDIP – auxquels l'art. 138c LPCC et l'art. 37g al. 5 LB renvoient uniquement « au demeurant ». Dans l'intérêt de la place financière suisse axée sur l'international et eu égard aux particularités de la procédure de faillite des placements collectifs de capitaux,

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 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 de faire valoir une exigence de réciprocité pour l'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 OFPC-FINMA va dans le sens de la loi.

4.3 Faillite des placements collectifs

Les autres articles de l'OFPC-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 aux art. 15 (Assemblée des créanciers), 24 (Créances, prétentions et révocations) et 46 OFPC-FINMA (Biens découverts ultérieurement et biens consignés).

Les participants à l'audition ont signalé à juste titre qu'à l'art. 18 al. 4 OFPC-FINMA (Prise d'inventaire), il est aussi possible de recourir à un groupe de personnes si cela sert le but poursuivi. De plus, en ce qui concerne l'art. 2, les intervenants ont fait valoir le fait que le liquidateur de la faillite doit aussi pouvoir prendre de telles mesures en toute autonomie, ce qui n'entre plus en ligne de compte faute de pouvoir décisionnel du liquidateur de la faillite, comme précisé au point 4.2.

L'art. 20 OFPC-FINMA (Obligation de mise à disposition et d'annonce) 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 « par dol » pas effectuée, mais également lorsqu'elle est omise « de façon injustifiée ».

Au demeurant, il convient de préciser pour l'art. 26 OFPC-FINMA (Suspension faute d'actifs) – et comme le stipule en général l'art. 7 al. 1 OFPC-FINMA – qu'en l'absence de recours à un liquidateur de la faillite, la FINMA exerce elle-même les fonctions et les pouvoirs de celui-ci et prend par conséquent sa place.

Enfin, quelques dispositions portant sur des points spécifiques au droit en matière de placements collectifs ont été précisées. Leur contenu n'a cependant pas été modifié. Dans le contexte de l'art. 29 OFPC-FINMA (Collocation), les participants à l'audition ont fait remarquer à juste titre qu'à l'al. 3 (SICAV) une collocation séparée signifie qu'il faut individualiser chaque compartiment de façon indiscutable. De plus, dans le cas d'une faillite d'une direction de fonds ou d'une SICAV, il faut étudier la question de savoir si le maintien d'un fonds de placement ou de compartiments est dans l'intérêt des investisseurs. Ce dernier point découle des art. 34 et 35 OFPC-FINMA (et déjà de l'art. 96 LPCC et de l'art. 141 OPCC).

A noter en ce qui concerne l'art. 39 al. 1 let. c OFPC (Dettes de la masse en faillite) : dans le cadre de la liquidation d'un établissement non autorisé, les engagements de celui-ci envers un sujet de droit qui

exerce la fonction d'une banque dépositaire (service de dépôt) sont également des dettes de la masse en faillite. Peu importe alors que le service de dépôt ait ou non le statut de banque dépositaire.

4.4 Dispositions finales

Une disposition transitoire est définie à des fins de clarté. Elle stipule que cette ordonnance s'applique aux procédures en cours au moment de l'entrée en vigueur de celle-ci (art. 47 OFPC-FINMA).

5 Conclusion

La FINMA a analysé les prises de position reçues ainsi que les critiques formulées et elle en a tenu compte autant que possible lors de la rédaction de l'OFPC-FINMA. La version définitive 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-OFPC-FINMA.

L'OFPC entre en vigueur au 1^{er} mars 2013, en même temps que la révision de la LPCC (cf. art. 48 OFPC-FINMA).