

Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers FINMA
Einsteinstrasse 2
3003 BERNE

RR/tm 312

Berne, le 30 juin 2012

Prise de position par rapport à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances

Chers Messieurs,

La Fédération Suisse des Avocats vous remercie pour votre e-mail du 8 mai 2012 et pour nous avoir donné la possibilité de prendre position par rapport au projet d'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances.

Vous trouverez, ci-dessous, nos commentaires et suggestions :

A. Commentaire général préalable sur le projet

Le projet d'ordonnance se base sur l'article 54 al. 3 de la Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004. Cet article prévoit que la FINMA peut prendre des décisions et des mesures dérogeant aux règles prescrites aux articles 221 à 270 LP. Par contre, l'article 88 de la même loi prévoit que le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de cette loi. Il nous apparaît par conséquent que la base légale pour édicter une ordonnance qui règle l'exécution d'une partie de la Loi fédérale n'est à tout le moins pas claire. D'une part, l'article 54 al. 3 de la Loi ne mentionne pas expressément la possibilité pour la FINMA d'édicter une ordonnance et semble plutôt se rapporter à des décisions dans des cas précis. D'autre part, nous n'avons pas connaissance d'une délégation de pouvoir du Conseil fédéral en faveur de la FINMA pour édicter des dispositions d'exécution de la Loi fédérale.

B. Commentaire des différents articles du projet d'ordonnance**Article 3**

L'alinéa premier de cet article prévoit que la faillite s'étend à tous les biens réalisables appartenant à l'entreprise d'assurance, y compris ceux à l'étranger. La LP consacre quant à elle le principe de la territorialité de la faillite. S'agissant d'un principe juridique fondamental, on peut se poser la question si une ordonnance d'application peut créer une exception à un principe fondamental consacré par la Loi. Par ailleurs, le

fait d'étendre une faillite ouverte en Suisse à des biens à l'étranger entraînera vraisemblablement des difficultés pratiques non négligeables et à tout le moins les immeubles à l'étranger ne pourront très vraisemblablement pas être inclus dans une faillite ouverte en Suisse.

En ce qui concerne l'alinéa 3 de cet article, la formulation ne nous paraît pas très heureuse dans la mesure où il est difficile de comprendre quelle est la situation qui est visée. D'après le commentaire, on vise notamment les cautions constituées à l'étranger pour une succursale suisse d'une entreprise d'assurance étrangère. Nous avons de la peine à trouver un autre exemple qui pourrait être visé par cette disposition.

Article 4

L'alinéa 2 de cet article envisage le cas de faits soumis à enregistrement auprès du Registre du commerce. Par application analogique de l'article 176 LP, la communication devrait également se faire pour les faits dont la connaissance est nécessaire tant pour le Registre foncier que pour l'Office des poursuites.

Par ailleurs, l'alinéa 3 prévoit la possibilité de renoncer à la communication directe « *dans un souci de simplification de la procédure* ». Cette possibilité nous paraît aller beaucoup trop loin pour priver un créancier d'une communication directe. Elle pourrait, par ailleurs, être justifiée en tout temps. Le souci de simplifier la procédure ne devrait pas priver un créancier d'une information.

Article 5

L'alinéa 2 de cet article prévoit la possibilité de limiter la consultation des pièces à certaines étapes de la procédure ou de restreindre en raison d'intérêts contraires prépondérants. Il prévoit également le refus pur et simple de la consultation, ce qui nous paraît disproportionné. Une simple restriction de la consultation permettra de sauvegarder en tout état de cause d'éventuels intérêts contraires prépondérants. Dans ses explications la FINMA invoque la sauvegarde du secret d'affaires, voire la protection des données. Il ne nous apparaît pas évident que ces deux bases-là puissent constituer effectivement des intérêts contraires prépondérants suffisants pour refuser une consultation.

Article 6

Cet article nous apparaît comme problématique au niveau de sa légalité.

En effet, le seul moyen de la personne touchée dans ses intérêts consiste à signaler les faits à la FINMA sans pour autant devenir partie au sens de la procédure administrative et donc sans avoir un droit à obtenir une prise de position. Il en résulte que les actes et décisions des personnes mentionnées à l'alinéa 1 ne sont soumis à aucun contrôle judiciaire. Une obligation pour la FINMA de rendre une décision au sens de la procédure administrative ou alternativement la possibilité de recourir à une instance supérieure (Tribunal administratif fédéral par exemple) contre ces décisions nous paraît indispensable pour sauvegarder le droit d'être entendu des personnes concernées.

Article 8

L'alinéa 2 de cet article prévoit que le liquidateur agit de manière souveraine. On peut se poser la question si cette qualification apporte quelque chose de concret en rapport avec les actes du liquidateur de faillite, surtout si en vertu de l'article 6 ces activités ne sont *de facto* soumises à aucun contrôle judiciaire.

Article 9

Le fait de prévoir que le for de la faillite est au lieu de l'exploitation commerciale en lieu et place du domicile de la personne physique déroge au principe consacré par la LP (art. 46). Il nous paraît très discutable qu'une telle dérogation soit possible par le biais d'une ordonnance de la FINMA.

Article 12

L'article 4 de cet alinéa prévoit la reconnaissance d'"*autres mesures d'insolvabilité étrangère*". La définition des mesures entrant dans une telle catégorie édictée par un état étranger paraît délicate et il nous semble indispensable de soumettre à un contrôle judiciaire la décision de reconnaissance de ladite mesure d'insolvabilité étrangère.

Article 17

L'alinéa 3 prévoit l'extinction des droits de préférence en cas d'absence d'annonce par dol. Nous relevons tout d'abord que la traduction en français du mot allemand "*arglistig*" par "*dol*" n'est pas exacte. Si l'on s'en tient au texte allemand, l'extinction ne sera que rarement effective puisqu'il faudrait une absence d'annonce "*par astuce*". Comme le but de l'article est plutôt le contraire, c'est-à-dire de permettre une extinction dès lors qu'il n'y a pas d'annonce, il nous paraît que la condition supplémentaire d'un abandon par astuce va trop loin.

Article 19

Cette disposition prévoit une exemption possible de l'obligation du créancier d'annoncer sa créance. Cette solution va nettement plus loin que sa base dans la loi, soit l'article 54a, qui ne prévoit qu'une présomption de production lorsque la créance résulte des livres de l'entreprise d'assurance. La formulation dans le projet d'ordonnance risque d'entraîner des insécurités importantes pour le créancier. Le cas échéant, une reprise de l'article de la loi nous paraît suffisante.

Article 23

La possibilité prévue à l'alinéa 2 de poursuivre une procédure de liquidation qui devrait, en principe, être suspendue faute d'actifs, pose un problème de coûts et de savoir qui va les supporter. Il faudra un intérêt particulièrement important pour que le coût de la liquidation en l'absence d'actifs suffisants puisse être mis à charge de l'Etat.

Article 39

Le fait de prévoir que la délivrance d'un acte de défaut de biens se fait contre paiement d'une contribution forfaitaire nous paraît contraire aux dispositions de l'ordonnance sur les émoluments en matière de LP. Par ailleurs, s'il peut se justifier de

prévoir que le créancier doit demander la délivrance d'un acte de défaut de biens concernant une personne morale, il nous paraît qu'une délivrance automatique est justifiée lorsque l'acte de défaut de biens concerne une personne physique.

Article 41

L'exigence stipulée à l'alinéa 2 de connaître les "*données nécessaires pour le paiement*" pour une répartition d'actifs découverts après la clôture de faillite ne nous paraît pas justifiée. Pour autant que le liquidateur de la faillite connaisse le créancier lui-même, la question des "*données nécessaires pour le paiement*" n'est pas un critère utile.

La FSA vous remercie de prendre en compte ses observations et vous prie d'agréer, chers Messieurs, l'expression de sa considération distinguée.

Président FSA

Secrétaire générale FSA

Beat von Rechenberg

René Rall