CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Placements collectifs

Mise en consultation de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs de capitaux

Par CDBF le 29 octobre 2012

L'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) a été cette année décidément très prolixe en matière de mise en audition d'ordonnance en matière d'insolvabilité de ses assujettis, respectivement de faillite ce ceux-ci.
L'on mentionnera pour rappel qu'une première mise en consultation de l'ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire, OIB–FINMA, a été effectuée au début de l'année, suivie par la mise en audition d'une ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances, OFA-FINMA. La trilogie se termine avec la mise en audition récente de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs (ci-après : « l'ordonnance » ou « l'OFPC-FINMA »).
Il convient de préciser que la LPCC ne règle pas la procédure de faillite des placements collectifs, mais opère un renvoi aux articles 33 à 37 g de la loi sur les banques. Par ailleurs, la LB elle-même ne règle pas dans le détail la procédure de faillite, et est concrétisée en l'état par l'ordonnance sur la faillite bancaire (OFB-FINMA), censée être remplacée à terme par l'OIB-FINMA. L'ordonnance ne diffère de l'OFB-FINMA et du projet d'ordonnance sur la faillite des assurances que sur certains points particuliers, qui s'expliquent par la nature particulière des placements collectifs de capitaux.
Selon la FINMA, l'ordonnance vise essentiellement quatre objectifs : la rapidité de la procédure de faillite, l'efficacité de la procédure de faillite, le renforcement de la protection des investisseurs et enfin l'amélioration de la sécurité du droit.
L'art. 9 de l'OFPC-FINMA règle les tâches spécifiques du liquidateur de la faillite en cas de faillite d'une SICAV. C'est ainsi que le liquidateur a pour tâches, en plus de celles qu'il a en matière de faillite de banque, de vérifier les créances à l'encontre des divers compartiments garantis, et de déterminer les créances que les compartiments détiennent les uns sur les autres et d'en tenir compte dans le cadre de la distribution des revenus des compartiments (art. 9 a) et b) OFPC-FINMA). La publication et l'appel aux créanciers en cas de faillite d'une SICAV répond également à une norme spécifique (art. 14 OFPC-FINMA).
Le projet d'OFPC-FINMA précise par ailleurs quels sont les droits des créanciers en cas de faillite d'une SICAV ; c'est ainsi que les créanciers n'ont des droits que sur les compartiments à propos desquels sont émis leurs prétentions, étant précisé que la FINMA peut prévoir qu'une assemblée des créanciers et une commission de surveillance auront lieu, respectivement pourront être nommés, pour certains compartiments seulement.
L'on constate ici, en quelque sorte, que dans le cadre d'une seule procédure de faillite d'une SICAV, se grefferont des mini procédures, en fonction des compartiments concernés.
Toujours en cas de faillite d'une SICAV, et dans le cadre de la prise d'inventaire, le liquidateur de la faillite aura pour mission de consigner dans une section séparée les biens relevant d'un

compartiment. Chaque compartiment doit être consigné dans une section séparée (art. 19 OFPC-FINMA).
L'OFPC-FINMA prévoit un droit de distraction en cas de faillite d'une direction de fonds (art. 22). C'est ainsi qu'en cas de faillite d'une direction, les avoirs et les droits d'un fonds de placement seront distraits, en application de l'art. 35 LPCC. Toutefois, les créances de la direction de fonds selon l'art. 33 LPCC sont quant à elles réservées.
On notera également qu'en application de l'art. 24 OFPC-FINMA, le liquidateur de la faillite a la possibilité (limitée, voir art. 24 al. 7 OFPC-FINMA) de réaliser, selon l'art. 33 OFPC-FINMA, les créances et autres prétentions de la masse qu'il n'entend pas faire valoir en justice. Il s'agit ici d'une exception au principe de la cession aux créanciers en application de l'art. 260 al. 1 et 2 LP.
En application des articles 28 et 29 OFPC-FINMA, le liquidateur, qui a pour mission de vérifier les créances produites ainsi que celles découlant de la loi, au sens de l'art. 27, a en plus, en cas de faillite d'une SICAV, l'obligation de vérifier l'existence et le montant des créances sur les divers compartiments (art. 28 al. 1 OFPC-FINMA) et doit colloquer les créances sur les divers compartiments séparément les unes des autres (art. 29 al.3 OFPC-FINMA).
En cas de faillite d'une direction de fonds, l'OFPC-FINMA prévoit que le liquidateur de la faillite peut proposer à la FINMA de transférer un ou plusieurs fonds de placement à une autre direction de fonds, avec tous les droits et obligations qui en découlent, si le maintien de ces fonds de placement est dans l'intérêt des investisseurs, assurant ainsi la continuité des fonds en question.
Le liquidateur a cette même faculté en application de l'art. 35 OFPC-FINMA en cas de faillite d'une SICAV et peut donc proposer à la FINMA de transférer un ou plusieurs compartiments à une autre SICAV, aux mêmes conditions.
S'agissant de la distribution des deniers, l'on notera qu'en cas de faillite d'une SICAV, le produit de la réalisation des biens sert à désintéresser les créanciers des compartiments correspondants (art. 42 OPFC-FINMA, al. 1).
Un éventuel excédant d'un compartiment ne revient pas aux créanciers d'autres compartiments mais aux actionnaires ayant droit à ce compartiment, en proportion de leur part (art. 42 OFPC-FINMA).
L'adoption éventuelle de cette ordonnance permettra de combler à l'évidence une lacune puisqu'en l'état, seule l'application analogique des règles de la LB, de l'OFB-FINMA et de la LP à titre supplétif permet d'opérer une liquidation de placements collectifs de capitaux.
Il convient toutefois de mentionner que l'adoption projetée par la FINMA de plusieurs ordonnances n'est pas forcément idéale d'un point vue légistique.
Peut-être serait-il plutôt souhaitable de prévoir dans une seule et même ordonnance des règles générales, et faire figurer les quelques règles particulières en matière d'assurance et de placements collectifs de capitaux au sein de deux chapitres distincts.
Par ailleurs, il semblerait opportun de permettre aux établissements d'assurance, voire à certains organes des placements collectifs, de bénéficier également des solutions d'assainissement prévues par le projet d'OIB-FINMA.
Par souci de cohérence et de simplification, il serait donc recommandé de n'adopter qu'une seule et même ordonnance sur l'insolvabilité des assujettis, laquelle contiendrait un chapitre avec des dispositions communes, puis des chapitres distincts pour les banques et les négociants en valeurs mobilières d'une part, les établissement d'assurance d'autre part, et enfin les placements collectifs de capitaux.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: CDBF, Mise en consultation de l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des placements collectifs de capitaux, publié le 29 octobre 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/838/