



CH-3003 Berne, OFSP

A-Priority

Autorité fédérale de surveillance des
marchés financiers FINMA
Monsieur Dr Reto Schiltknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

FINMA		
ORG BS	28. JUNI 2012	SB
Bemerkung:		FLT

Référence du document:
Votre référence: Reto Schiltknecht
Notre référence: Thierry Vauthey
Liebefeld, le 27.6.2012

Consultation relative à l'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances, OFA-FINMA

Prise de position de l'office fédéral de la santé publique (OFSP)

Monsieur,

Nous vous remercions de nous permettre de prendre position sur l'objet susmentionné.

Les conflits positifs et négatifs de compétence entre la FINMA et l'OFSP concernant la surveillance des assurances-maladie exerçant au sein de la même entité juridique à la fois l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie selon la LCA ne sont pas nouveaux et méritent de recevoir des réponses.

Or, le projet d'ordonnance que vous proposez fait apparaître de nouveaux problèmes qui vont au-delà de la simple surveillance. Le projet d'ordonnance nous semble en effet contraire à la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), et ne repose pas sur une base légale suffisante qui permettrait de déroger aux règles de la LAMal.

1 Compétence en matière de surveillance

En ce qui concerne, en général, la compétence en matière de surveillance des assureurs-maladie, l'OFSP exerce la surveillance sur les entreprises d'assurance-maladie exerçant également les assurances selon la LCA dès le moment où l'assureur-maladie est un assureur reconnu conformément à la LAMal. Dans ce cadre-là, l'OFSP surveille la mise en oeuvre de l'assurance-maladie sociale, mais surtout exerce la surveillance institutionnelle sur ces entreprises, c'est-à-dire la surveillance organisationnelle et financière.

Bien que l'art. 24 al. 2 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal) pourrait donner à penser que la FINMA est compétente pour la surveillance des assureurs selon l'art. 12 al. 2 LAMal, force est de constater que dans les faits, tel n'est pas le cas.

La FINMA estime en effet que sa compétence de surveillance selon l'art. 21 al. 2 LAMal sur les assureurs-maladie selon l'art. 12 al. 2 LAMal doit être comprise dans un sens étroit. Il est difficile de voir en quoi consiste une surveillance au sens étroit. Mais dans les faits, la FINMA n'exerce aucune surveillance, ni organisationnelle ni financière sur les assureurs-maladie reconnus par l'OFSP, ne s'occupant que du portefeuille LCA.

Au demeurant, l'OFSP est d'avis que c'est bien ainsi que la surveillance doit être exercée et cette pratique n'est pas contestée. En revanche, l'OFSP ne comprend pas que la FINMA veuille s'octroyer la compétence de la conduite des faillites des assureurs, même si ce sont des assureurs-maladie reconnus par l'OFSP.

2 Compétence de la FINMA en matière de faillite d'un assureur

Au 1^{er} septembre 2011 sont entrées en vigueur de nouvelles dispositions de la Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances, LSA). Elles règlent la compétence de la FINMA en cas de difficultés financières d'un assureur; en particulier le nouvel art. 53 al. 1 LSA confie en effet à la FINMA la compétence de prononcer la faillite d'un assureur. En revanche, la FINMA n'a pas la compétence de procéder elle-même à la liquidation de la faillite mais doit et ne peut que nommer un liquidateur. On peut ainsi clairement admettre que le législateur a reconnu que la FINMA est mieux à même de trouver les bonnes personnes pour effectuer un travail de liquidation qui prendra des années, voire plus d'une décennie, qu'un juge cantonal ayant à prononcer la faillite mais sans connaissance spécifique au monde des assurances.

La FINMA tire argument du renforcement de ses compétences en matière de faillite pour considérer que le législateur a souhaité étendre ses compétences également aux assurances-maladies pratiquant à la fois l'assurance-maladie de base et les assurances privées selon la LCA.

Cet argument tombe à faux. La compétence institutionnelle sur les caisses-maladie conformément à l'art. 12 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) pratiquant en parallèle les assurances privées selon la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) relève exclusivement de l'OFSP en application de l'art. 21 LAMal. Par ailleurs, les modifications de la LSA entrées en vigueur au 01.09.2011 ne modifient pas le fondement-même de la LSA. A ce titre, il convient de relire l'art. 2 LSA et son commentaire dans le Message concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 9 mai 2003, FF 2003 3353: *"Les caisses-maladie reconnues sont également exceptées de la surveillance; elles sont surveillées par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Seule la surveillance de la pratique des assurances complémentaires incombe à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) (art. 21, al. 2, de la loi sur l'assurance-maladie, LAMal); de ce point de vue, il n'est pas prévu de changements"*.

Rien n'indique ainsi que le législateur ait souhaité modifier ce système en révisant la LSA et rien n'indique non plus que le législateur ait voulu ainsi étendre la compétence de la FINMA aux caisses-maladie ne serait-ce qu'aux cas de faillites. La LAMal et la LSA forment ensemble un système cohérent donnant les principes et exprimant les exceptions. Une exception à ce système n'est possible que si elle est expressément exprimée.

3 Résultat

En conclusion, l'OFSP partage le souci de la FINMA en matière de faillite d'un assureur, raison pour laquelle le projet de loi sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal) prévoit que l'OFSP devra donner son aval à l'ouverture d'une faillite ou pourra la demander à un tribunal. Dans ce cadre-là, l'OFSP ne manquera pas de formuler des propositions quant à la désignation d'un liquidateur.

Par ailleurs, les échanges d'informations et la collaboration entre l'OFSP et la FINMA doivent en effet être renforcés; le projet de LSAMal prévoit également une obligation de coopération qui concerne l'OFSP et la FINMA.

Selon l'OFSP, la révision de la LSA entrée en vigueur au 01.09.2011 ne donne pas à la FINMA de nouvelle compétence même limitée aux cas de faillites sur les caisses-maladie: cela constituerait une exception tant à la LAMal qu'à la LSA qui aurait été exprimée expressément si elle avait été voulue par le législateur.

Par conséquent, puisque la LSA n'octroie pas ces compétences à la FINMA, **l'ordonnance soumise à consultation n'a, à notre sens, pas de base légale et doit être retirée dans son ensemble.**

4 Mise en oeuvre d'une faillite de lege lata

L'OFSP se considérant comme exclusivement compétent en matière de surveillance institutionnelle sur les caisses-maladie pratiquant également les assurances selon la LCA, la FINMA ne peut pas demander la faillite d'une telle entreprise et l'ordonnance proposée est contraire au droit en vigueur.

L'OFSP a toutefois le même intérêt que la FINMA à ce qu'une faillite puisse se dérouler de manière à sauvegarder les intérêts des assurés de manière optimale.

Dès lors, si la FINMA est confrontée à une situation d'insolvabilité de la branche LCA d'une caisse-maladie, elle doit faire usage de l'art. 80 LSA et informer l'OFSP immédiatement qui pourra alors prendre les mesures nécessaires, en collaboration avec la FINMA.

Toutefois, il apparaît d'emblée que la vision de la FINMA par rapport à la faillite d'un assureur pratiquant les deux branches d'assurance est tronquée. Pour la FINMA, les actifs dont dispose un assureur lui appartiennent. Or, si du strict point de vue du droit des obligations, tel est le cas, la LAMal apporte une exception à ce principe. Conformément aux art. 13 al. 2 let. a et 60 LAMal, il apparaît que les actifs d'un assureur-maladie exerçant l'assurance-maladie sociale n'appartiennent plus au sens strict à l'assureur; tous les biens d'un assureur "appartiennent" au système de l'assurance-maladie sociale. L'art. 60 érige une présomption selon laquelle les biens d'un assureur relèvent de l'assurance-maladie sociale, raison pour laquelle, l'assureur doit tenir des comptabilités séparées pour l'assurance obligatoire des soins (al. 2). Si un assureur ne procède pas de la sorte, il peut être admis que tous les biens relèvent de l'assurance-maladie sociale.

Car en effet, conformément à l'art. 13 al. 2 LAMal, les biens d'un assureur ne peuvent être affectés qu'à des buts d'assurance-sociale et aucune prise de bénéfice n'est possible (art. 12 al. 1 LAMal). Dès lors, on doit admettre que le législateur a tenu à ce que l'assurance-sociale soit protégée particulièrement. Que sauf à prouver qu'un actif relève exclusivement de l'assurance selon la LCA, il peut être présumé que tout actif d'un assureur relève de l'assurance-maladie sociale. D'ailleurs, après la liquidation d'un assureur pratiquant l'assurance-maladie sociale, indépendamment du type de liquidation et en application de l'art. 13 al. 4, l'excédent de fortune revient au fonds d'insolvabilité LAMal et ce sans exception.

5 Analyse article par article

Il est répété en préambule que l'OFSP estime que l'ordonnance de la FINMA n'a pas de base légale et que son entrée en vigueur n'est pas possible dans sa formulation actuelle dans la mesure où son application est étendue aux assureurs-maladie exerçant selon la LAMal.

Ceci étant, nous vous soumettons de plus notre analyse article par article:

Art. 2: nous admettons que l'art. 2 exclut les assurances-maladie selon les art. 11 et 12 LAMal. **Nous vous proposons toutefois de le compléter** par un deuxième alinéa dont la teneur est la suivante: "La présente ordonnance ne s'applique pas aux assurances-maladie selon les art. 11 à 13 LAMal". L'intégration de cet alinéa rendrait l'ordonnance conforme au droit.

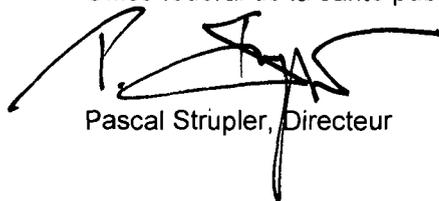
Art. 3: Si cet article devait concerner les assureurs selon les art. 11 à 13 LAMal, elle serait contraire aux art. 13 et 60 LAMal qui présument que les actifs d'un assureur-maladie social soient strictement affectés à l'assurance-maladie sociale en cas de liquidation. L'art. 54 al. 3 n'est pas une base légale suffisante et ne saurait constituer une lex specialis par rapport à la LAMal.

Requête: sans le deuxième alinéa proposé pour l'art. 2, cette disposition est illégale et doit être retirée ou à tout le moins complétée. Par complément, nous demandons l'insertion d'un alinéa 4 ayant la teneur suivante: "Les al. 1 à 3 ne concernent pas les assureurs-maladie selon les art. 11 et 12 LAMal".

Au demeurant, nous constatons que le commentaire reste muet sur ces questions alors même qu'elles méritent d'être éclaircies. Nous vous demandons donc de compléter le commentaire dans ce sens. D'ailleurs, l'avis posé par l'OFJ en date du 17 avril 2012 et dont la FINMA a connaissance met en lumière plusieurs points non résolus ni par le projet d'ordonnance, ni par le commentaire.

Veuillez agréer, Monsieur, nos salutations les meilleures.

Office fédéral de la santé publique

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'P. Strüpler', is written over the printed name and title.

Pascal Strüpler, Directeur

Copie: Secrétariat général du département fédéral de l'Intérieur
Office fédéral de la justice, M. Philippe Gerber



CH-3003 Bern, BSV

Eidgenössische Finanzmarkt-
aufsicht FINMA
Dr. Reto Schildknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

FINMA		
ORG	29. JUNI 2012	SB
BS		
Bemerkung:		FLD

Ihr Zeichen: Roger Kuenzle
Ihr Schreiben vom 8. Mai 2012
Unser Zeichen: Tss
Sachbearbeiter/in: Swen Tschannen
Bern, 27. Juni 2012

Öffentliche Anhörung zur „Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINMA)“

Sehr geehrte Damen und Herren

Etwa CHF 140 Mrd. der Stiftungsvermögen in der 2. Säule sind über eines der schweizerischen Versicherungsunternehmen vollständig rückversichert. Über diese Kollektivversicherungsverträge sind die Vorsorge-Versicherungsleistungen der angeschlossenen Versicherten, respektive über die entsprechenden Anschlussverträge abgesichert. Bei den Versicherungsunternehmen sind diese Forderungen aus Versicherungsverträgen kapitalmässig mit Garantien unterlegt. Aus diesem Grund würde sich ein Konkurs einer schweizerischen Versicherungsunternehmung auch auf die Vermögensinteressen der Versicherten und der Vorsorgeeinrichtungen in der zweiten Säule auswirken. Die FINMA hat dies selber in einem Grundlagenpapier vom 19. Mai 2010 über die Auswirkungen eines Ausfalles einer Versicherungsunternehmung aufgezeigt.

Weiter zahlt die Mehrheit der Versicherten in der 2. Säule Risikobeiträge an die Vorsorgeeinrichtung, mit welchen Risiken wie Todesfall; Invalidität, etc. bei Versicherungsunternehmen rückversichert werden. Insbesondere kleinere Vorsorgeeinrichtungen können diese Risiken nicht selber tragen. Daraus ergeben sich weitere Vermögensansprüche der Versicherten gegenüber der Vorsorgeeinrichtung. Ein direktes Forderungsrecht der Versicherten gegenüber der Versicherungsunternehmung liegt jedoch nicht vor.

Als weitere wichtige Akteure in der zweiten Säule sind - nebst den Vorsorgeeinrichtungen - die kantonalen Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen, welche aufgrund eines gesetzlichen Auftrages zuständig sind, die Interessen der Versicherten gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen und damit gegebenenfalls auch gegenüber den Versicherungsunternehmen zu wahren.

Zu einzelnen Bestimmungen der VKV-FINMA:

Art. 5 Akteneinsicht:

- Die Versicherten von Vorsorgeeinrichtungen der zweiten Säule sind in einem Konkursfall in ihren eigenen Vermögensinteressen betroffen und haben demgemäss und gestützt auf Art. 5 Abs. 1 VKV-FINMA Akteneinsichtsrecht.
- Vorsorgeeinrichtungen, die ihre Versicherungsleistungen nach BVG mittels eines Kollektivversicherungsvertrages voll bei einer Versicherungsunternehmung rückversichert haben, müssen demgemäss glaubhaft machen, dass sie nach Art. 5 Abs. 1 VKV-FINMA in ihren Vermögensinteressen betroffen sind. Denkbar ist jedoch, dass die Vorsorgeeinrichtung nicht in den eigenen Vermögensinteressen betroffen ist, jedoch zur Wahrung der Interessen der Versicherten (Art. 51b Abs. 2 BVG) und aufgrund ihrer Verantwortlichkeit (Art. 52 BVG) Akteneinsicht verlangt. In diesem Fall sollte ihr diese Einsicht gewährt werden können. Nicht zuletzt aus dem Grund, dass die Stiftungsräte ihre Verantwortung wahrnehmen können.
- Weiter sind auch die kantonalen Aufsichtsbehörden zuständig, die Interessen der Versicherten zu wahren und alle notwendigen Schritte zur Durchsetzung der entsprechenden Bestimmungen des BVG und deren Verordnungen zu unternehmen (Art. 61ff. BVG). Auch diesen kantonalen Aufsichtsbehörden ist die Möglichkeit der Akteneinsicht zu gewähren. Diese sind jedoch nie in eigenen Vermögensinteressen betroffen und können daher gestützt auf Art. 5 Abs. 1 VKV-FINMA nach den vorgeschlagenen Regelungen kein Akteneinsichtsrecht geltend machen. Es muss den Aufsichtsbehörden unter Anderem ermöglicht werden, begonnene Sanierungs- oder Abwicklungsmassnahmen weiterzuführen und die Möglichkeit der Bestandesübertragung konkret zu prüfen.
- Dies wurde von der FINMA im Dokument „Ausfall eines bedeutenden Lebensversicherungsunternehmens“ des Generalsekretariats FINMA vom 19. Mai 2010 in Ziffer 5 auch erkannt, wenn sie schreibt: „Der von KMU häufig nachgesuchte Vollversicherungsschutz ginge aber mit dem Ausfall des Lebensversicherungsunternehmens verloren, da nach geltendem Aufsichtsrecht nur ein Versicherungsunternehmen diese Garantien abgeben darf.“
- Es muss durch Art. 5 E-VKV-FINMA gewährleistet sein, dass die Vorsorgeeinrichtungen und die Aufsichtsbehörden in der Verordnung zumindest die Berechtigung zur Akteneinsicht erhalten. Die Formulierung „seine eigenen Vermögensinteressen unmittelbar betroffen“ umfasst höchstens die Interessen der Versicherten, ob auch die Vermögensinteressen der Vorsorgeeinrichtung umfasst sind, ist unklar. Das Eintreten der Aufsichtsbehörde in die Rechtsstellung der Vorsorgebehörde (Vormundschaft durch Verfügung) sollte vermieden werden und als ultima ratio gelten. Aus diesem Grund ist den kantonalen Aufsichtsbehörden ein eigenständiges Einsichtsrecht zu gewähren.
- Wie die FINMA selber ausführt, lehnt sich die VKV-FINMA sehr eng an die BKV-FINMA an. In Art. 5 Abs. 1 BKV-FINMA (SR 952.812.32) wurde denn auch derselbe Text wie in Art. 5 Abs. 1 VKV-FINMA verwendet. Dabei ist jedoch der Unterschied der Branchen zu beachten, insbesondere der Umstand, dass im Bankenbereich keine weitere Aufsichtsbehörde derart eng involviert ist, wie im Versicherungsbereich. Die Bereiche Versicherung und berufliche Vorsorge sind eng verflochten und es bestehen verschiedene Aufsichtsbehörden (FINMA, kantonale BVG-Aufsichtsbehörden), welche auf die Möglichkeit der Zusammenarbeit angewiesen sind. Auch aus diesem Grund sind den Aufsichtsbehörden Akteneinsichtsrecht zu gewähren.

Vorschlag zur Ergänzung der VKV-FINMA:

Art. 5 Abs. 1b VKV-FINMA sollte um folgenden Satz ergänzt werden:

Wer als Organ einer Vorsorgeeinrichtung oder aufgrund eines gesetzlichen Auftrages zur Wahrung der Interessen der Versicherten einer Vorsorgeeinrichtung verpflichtet ist, kann die Konkursakten einsehen.

Zu den anderen Verordnungsbestimmungen haben wir keine weiteren Kommentare. Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse



Swen Tschannen
Bereich Recht

Kopie an:
- GS-EDI (per E-Mail)

Vorab per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dr. Reto Schiltknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Dr. Patrizia Holenstein, LL.M.
Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.
Lic. Thomas P. Zemp
Lic. Marc R. Büttler, LL.M.
Dr. Jurij Benn, dipl. Steuerexperte
Lic. Regina Lehner-Höhener
PD Dr. Jean-Marc Schaller
Dr. Alexander M. Glutz von Blotzheim

Holenstein Rechtsanwälte AG
Utoquai 29 / 31
CH-8008 Zürich
Tel. +41 44 257 20 00
Fax +41 44 251 84 09
E-Mail: admin@hol-law.ch
<http://www.hol-law.ch>

Zürich, 30. Mai 2012

a:\L:\Documents\p_beghol\0001\00000136\General\D000244529.docx

Eingetragen im Anwaltsregister

Stellungnahme zum Entwurf der Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINMA)

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Vorab bedanke ich mich für die Möglichkeit, Stellung zum Entwurf der Versicherungskonkursverordnung der FINMA nehmen zu können. Ich mache davon mit vorliegendem Schreiben gerne Gebrauch. Bei meinen Hinweisen habe ich mich sowohl von praktischen als auch dogmatischen Überlegungen leiten lassen.

Ich beschränke mich darauf, auf ausgewählte Aspekte einzugehen.

Soweit nichts anderes vermerkt ist, beziehen sich Verweise auf Artikel der VKV-FINMA.

Allgemeine Bestimmungen (Art. 1 bis Art. 12)

Generell ist es zu bedauern, dass die *Verwendung der männlichen und weiblichen Form* aller Subjekte die Lesbarkeit unnötig erschwert. Nachdem das VAG (weitgehend, wenn auch nicht konsequent) auf guter alter ZGB/OR-Tradition steht (und nur die männliche Form verwendet), scheint diese Dualität unnötig.

Sehr zu begrüßen ist, dass sich die VKV-FINMA (was das Konkursverfahren angeht) grundsätzlich weitgehend an die Formulierungen gemäss BIV-FINMA hält. Bei einigen Bestimmungen (z.B. Art. 4 Abs. 3 Satz 1, Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4, Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 16 Abs. 3, Art. 21 Abs. 2, 3, 5, 6 und 7, Art. 23 Abs. 2, Art. 29 Abs. 4, Art. 32 Abs. 2) ist jedoch nicht ganz ersichtlich, weshalb vom Wortlaut der BIV-FINMA abgewichen worden ist (auch wenn die Formulierungen gemäss VKV-FINMA besser erscheinen). Im Sinne der Rechtssicherheit macht es sehr viel Sinn, eine weitgehend identische Regelung für beide Konkursverfahren zu haben.

Art. 1

Die Beschränkung des Regelungsgegenstandes auf das Konkursverfahren ergibt sich aus Art. 53 Abs. 2 VAG. Für eine Stundung und einen Fälligkeitsaufschub müssen somit Anordnungen der FINMA im Einzelfall ergehen (Art. 51 Abs. 2 lit. i VAG).

Art. 8

Die ausdrückliche Regelung in *Abs. 2*, dass der Konkursliquidator hoheitlich handelt, ist zu begrüssen und zwar sowohl zur Klärung der Rechtslage gegenüber Behörden im Ausland als auch in Anbetracht der unveränderten und unsinnigen Sichtweise der ESTV, wonach auf Aufwendungen der von der FINMA eingesetzten Konkursliquidatoren MWST zu entrichten sein soll.

Konkurspassiven (Art. 24 bis Art. 39)**Art. 24**

Im Bankenkonzurs gilt (gemäss Art. 25 Abs. 2 BIV-FINMA) die Regelung, dass aus den Büchern ersichtliche Forderungen als von der Bank i.S.v. Art. 265 SchKG anerkannt gelten. M.E. würde eine analoge Regelung für Versicherungsunternehmen Sinn machen (auch wenn durchaus Unterschiede zwischen Banken und Versicherungen bestehen).

Art. 27

Die Regelung in Abs. 1 ist m.E. unvollständig und deshalb unklar bzw. missverständlich:

Sondergesetzte sehen zuweilen vor, dass zwischen den drei Konkursklassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG Sonderklassen gebildet werden können (vgl. BasK-LORANDI, Art. 219 SchKG N 311 ff.). Dies bedeutet, dass die gesamte Aktivmasse auf alle Gläubiger verteilt wird und alle Gläubiger in einer Stufenfolge (allenfalls mit Zwischenklassen) eingeteilt werden. Darum geht es vorliegend *nicht* (vgl. sogleich unten). Die Formulierung „vor der ersten Klasse gemäss Artikel 219 Absatz 4 SchKG“ impliziert dies aber in einer gewissen Weise, weshalb eine Präzisierung sinnvoll ist.

Das gebundene Vermögen dient der Sicherstellung der Ansprüche aus Versicherungsvertrag (Art. 17 Abs. 1 VAG). Die Werte des gebundenen Vermögens werden für die durch das gebundene Vermögen sicherzustellenden Ansprüche verwendet (Art. 19 Abs. 1 VAG). Dies gilt namentlich für den Insolvenzfall (BBl 2002, 3817). Aus dem Erlös des gebundenen Vermögens werden nämlich vorweg Forderungen aus den Versicherungsverträgen (für die nach Art. 17 Sicherheit geleistet wird) gedeckt. Es besteht ein Vorwegbefriedigungsanspruch (vgl. Erläuterungsbericht, S. 21 unten, S. 22 Mitte). Nur ein Überschuss fällt in die allgemeine Konkursmasse (Art. 54a VAG; Erläuterungsbericht, S. 15 unten, S. 16 oben).

Beim gebundenen Vermögen handelt es sich um ein *haftungsrelevantes Sondervermögen* (Daniel Stachelin, Sondervermögen und Haftung, Festgabe für Franz Hasenböhler (Hrsg. Sutter-Somm/Schnyder, Zürich 2004, 95). Für das gebundene Vermögen findet eine Sonderverteilung statt. Deshalb wird es im Inventar auch gesondert aufgeführt (Art. 16 Abs. 4). Es wird deshalb gemäss Art. 35 Abs. 1 unterschieden zwischen der allgemeinen Masse und dem gebundenen Vermögen. Und deshalb wird über das gebundene Vermögen gemäss Art. 35 Abs. 2 gesondert abgerechnet.

Diese Umstände müssen bei der Kollokation von Forderungen, welche durch gebundenes Vermögen sicherzustellen sind, beachtet werden. Entsprechend sollte dies in Abs. 1 zum Ausdruck kommen: (i) Auch wenn es nur ein gebundenes Vermögen gibt, so ist im Kollokationsplan (nach den pfandgesicherten und vor den Erstklassforderungen) *unter Verweis auf das Inventar* darauf hinzuweisen, dass (und welches) *gebundenes Vermögen als Sonderhaftungsvermögen dient* (z.B. unter dem Titel „Sicherstellung durch gebundenes Vermögen“). Diese Zuordnung kann nicht erst in der Verteilungsliste erfolgen. (ii) Indem der Konkursliquidator dies tut, trifft er einen Entscheid darüber, ob eine Vorabbefriedigungsanspruch (und aus welchen gebundenen Vermögen) besteht. Dagegen kann (und muss) Kollokationsklage geführt werden. Die Verteilungsliste setzte diese Regelung im Kollokationsplan nur noch um. (iii) Der aus dem gebundenen Vermögen *ungedeckte Betrag* ist im Kollokationsplan (ähnlich einer Pfandausfallforderung) *p.m.* (d.h. ohne Angabe eines Betrages) *unter den unversicherten Forderungen* (gemäss den Konkursklassen gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG) *aufzuführen*.

Formulierungsvorschlag zu Abs. 1 (Ergänzungen kursiv):

„¹ Soweit Forderungen gemäss Artikel 17 VAG durch gebundenes Vermögen sicherzustellen sind, werden die Forderungen vor der ersten Klasse gemäss Artikel 219 Abs. 4 SchKG *unter einen separaten Titel und unter Verweis auf das gebundene Vermögen gemäss Inventar* kolloziert. *Der ungedeckte Betrag wird in der Rangordnung gemäss Artikel 219 Abs. 4 SchKG kolloziert.*“

Art. 31

Ohne Aufschub können unter anderem Vermögenswerte verwertet werden, wenn sie nicht von bedeutendem Wert sind (Abs. 3 lit. e). Gemäss dem Erläuterungsbericht bestimmt die FINMA auf Antrag des Konkursliquidators für das einzelne Konkursverfahren, welche Vermögenswerte nicht von bedeutendem Wert sind. Diese Regelung sollte m.E. in den Verordnungstext aufgenommen werden.

Art. 33

Abs. 3 impliziert, dass eine Abtretung (gemäss Art. 260 SchKG) mit Ablauf der Frist, welche dem Abtretungsgläubiger angesetzt wird, automatisch dahinfällt. Dies entspricht nicht dem SchKG-Regime. Es braucht einen *Widerruf der Abtretungsverfügung*. Solange ein solcher nicht erfolgt ist,

bleibt die Verfügung (auch nach Fristablauf) wirksam. Weshalb hier vom (den Praktikern gewohnten) SchKG-Regime abgewichen werden soll (so denn eine solcher Wille besteht), ist nicht ganz ersichtlich.

Art. 36

Die vorzeitige Auszahlung gemäss Art. 36 Abs. 2 macht Sinn. Die jetzige Formulierung („vor Eintritt der Rechtskraft des Kollokationsplans“) impliziert, dass ein Kollokationsplan erstellt sein (dieser aber noch nicht rechtskräftig sein) muss. Sofern auch eine Auszahlung *vor Erstellen des Kollokationsplans* möglich sein soll (ähnlich wie bei Bankkundenguthaben), was m.E. Sinn machen würde (zumal das gebundene Vermögen ja ohne Aufschub zu verwerten ist; Art. 31 Abs. 3 lit. a) und wovon offenbar auch der Erläuterungsbericht ausgeht („Das gebundene Vermögen soll möglichst bald nach Konkurseröffnung verwertete werden können, damit der Erlös gemäss Art. 36 Abs. 2 zeitnah und allenfalls bereits vor Rechtskraft des Kollokationsplans verteilt werden kann.“; S. 25 Mitte), dann sollte dies im Verordnungstext klar so umschrieben werden.

Art. 37

Abs. 4 lit. d sieht vor, dass keine Auszahlungen erfolgen, soweit in einem ausländischen Zwangsvollstreckungsverfahren, das mit dem Versicherungskonkurs im Zusammenhang steht, teilweise Deckung zu erwarten ist. Soweit es um ausländische Verfahren geht, welche Vermögenswerte des *Versicherungsunternehmens* beschlagen, macht diese Regelung Sinn. Sofern sich aber das „im Zusammenhang stehende“ Zwangsvollstreckungsverfahren *gegen Dritte* (sog. Mitverpflichtete) richtet, sind m.E. zwingend die Art. 215-219 SchKG zu beachten (vgl. Art. 54 Abs. 1 VAG), welche einen Rückbehalt nicht zulassen. Allenfalls sollte zur Klarstellung ein entsprechender Vorbehalt gemacht werden.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen



Franco Lorandi

Vorab per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dr. Reto Schiltknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Dr. Patrizia Holenstein, LL.M.
Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.
Lic. Thomas P. Zemp
Lic. Marc R. Büttler, LL.M.
Dr. Jurij Benn, dipl. Steuerexperte
Lic. Regina Lehner-Höhener
PD Dr. Jean-Marc Schaller
Dr. Alexander M. Glutz von Blotzheim

Holenstein Rechtsanwälte AG
Utoquai 29 / 31
CH-8008 Zürich
Tel. +41 44 257 20 00
Fax +41 44 251 84 09
E-Mail: admin@hol-law.ch
<http://www.hol-law.ch>

Zürich, 8. August 2012

a:\L:\Documents\p_beghol\0001\00000136\General\D000244529.docx

Eingetragen im Anwaltsregister

Nachtrag zur Stellungnahme zum Entwurf der Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINMA)

Sehr geehrter Herr Schiltknecht

Am 30. Mai 2012 habe ich Ihnen meine Stellungnahme zum Entwurf zur VKV-FINMA erstattet. Darin hatte ich (zu Art. 27) Hinweise dazu gemacht, dass die Regelung betreffend der Kollokation der Forderungen in Bezug auf das *gebundene Vermögen* geändert werden sollte, da das gebundene Vermögen ein Sondervermögen darstellt.

Die Teilvermögen einer SICAV sind ebenfalls Sondervermögen. Insofern macht es m.E. Sinn, die Regelungen der KAKV-FINMA mit jener der VKV-FINMA zum gebundenen Vermögen abzugleichen. M.E. würde es insbesondere Sinn machen, die Art. 19, Art. 28, Art. 29 Abs. 3, Art. 42 KAVK-FINMA in die VKV-FINMA zu überführen, da die diesbezügliche Konstellation sehr vergleichbar ist. Die Regelung in der KAVK-FINMA diesbezüglich sehr klar und verständlicher abgefasst als die Regelung in Art. 27 VKV-FINMA.

Mit freundlichen kollegialen Grüssen



Franco Lorandi



Betreibungsamt Illnau-Effretikon, 8307 Effretikon

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Dr. Reto Schildknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

8307 Effretikon, 22. Juni 2012

Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKA-FINMA) Öffentliche Anhörung

Sehr geehrter Herr Dr. Schildknecht,
sehr geehrte Damen und Herren

Für die unserem Verband eingeräumte Gelegenheit, sich zu Ihrem Entwurf „Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKA-FINMA)“ vernehmen zu lassen, danken wir Ihnen bestens. Aufgrund der seitens unserer Mitglieder eingegangenen Stellungnahmen äussern wir uns wie folgt:

Im Verordnungsentwurf und Erläuterungsbericht werden Betreibungs- und Konkursämter nur wenige Male erwähnt. Man könnte sich deshalb fragen, ob die Konkurs- und Betreibungsämter von der in Frage stehenden Verordnung überhaupt betroffen sind. Zum einen scheint der Erläuterungsbericht aber davon auszugehen, dass ein Konkursamt (ausnahmsweise) auch mal mit der Durchführung eines (vermutlich unbedeutenden) Versicherungskonkurses betraut werden könnte und zum anderen sehen wir uns als tägliche Anwender des SchKG in der Pflicht, Stellung zu nehmen.

Grundsätzliche Bemerkungen

Art. 54 Abs. 2 VAG sieht vor, dass der Konkurs (unter Vorbehalt der weiteren Bestimmungen des VAG) nach den Artikeln 221–270 SchKG durchzuführen ist. Das SchKG ist somit anwendbar, soweit nichts Abweichendes bestimmt wird. Der Verordnungsentwurf enthält nun aber einerseits zahlreiche Bestimmungen, welche inhaltlich weitgehend Konkursbestimmungen wiederholen (bspw. Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 4 Abs. 4 [= Art. 35 Abs. 1 2. Satz SchKG], Art. 8, Art. 16 Abs. 1, Abs. 3 [ergibt sich bereits auch Art. 54 Abs. 2 VAG], Art. 16 Abs. 6 [entspricht Art. 228 SchKG], Art. 17 Abs. 1 [entspricht im Wesentlichen Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG], Art. 20, Art. 21 Abs. 1, 2, 5 bis 7, Art. 22 Abs. 2, Art. 23 Abs. 4 [entspricht Art. 230a Abs. 2 SchKG, ausser dass sich Pfandgläubiger mit ihrem Begehren bei der FINMA zu melden haben], Art. 23 Abs. 6, Art. 24 Abs. 1 lit. a und b, Art. 25 Abs. 1, Art. 26, Art. 28 Abs. 1 [= Art. 63 KOV], 3 und 4, Art. 29, Art. 31 Abs. 2, Art. 33 Abs. 1, Art. 35 Abs. 1). Auf Seite 4 des Erläuterungsberichts werden diese zahlreichen Wiederholungen mit dem Ziel der Transparenz begründet.

Solche (unnötigen) Bestimmungen schaffen unseres Erachtens jedoch nicht die angestrebte Transparenz, sondern werfen vielmehr die Frage auf, ob sich darin nun doch eine Abweichung vom Konkursrecht gemäss SchKG verbirgt. Wir plädieren deshalb dafür, nur Bestimmungen in die Verordnung aufzunehmen, welche vom geltenden Konkursrecht abweichen. Dies würde nicht nur fruchtlose Streitigkeiten vermeiden, sondern auch eine schlankere bzw. kürzere Verordnung ermöglichen. Im Übrigen sind auch verschiedene Bestimmungen zu finden, welche von den SchKG-Bestimmungen abweichen, ohne dass eine entsprechende Notwendigkeit ersichtlich würde. In manchen Fällen scheint eine gegenüber dem SchKG leicht „bessere“ Regelung oder eine zeitgemässere Formulierung beabsichtigt zu sein. Ob Art. 54 Abs. 3 VAG hierfür als gesetzliche Grundlage ausreicht, kann aus unserer Sicht offen bleiben. Immerhin legt Abs. 2 derselben Bestimmung aber doch eine gewisse Zurückhaltung nahe, da dieser Verweis sinnlos wird, wenn nun das Konkursverfahren über Versicherungen komplett in der Verordnung geregelt werden soll.

Im Weiteren ist uns aufgefallen, dass der FINMA Aufgaben zufallen sollen, welche gemäss SchKG – und wir meinen mit gutem Grund – verschiedenen Organen übertragen sind. Zunächst obliegt der FINMA, wie dem VAG (Art. 53 Abs. 1) und verschiedenen Verordnungsbestimmungen entnommen werden kann, die Rolle des Konkursgerichts. Die FINMA übernimmt sodann in gewissem Masse auch Aufgaben der Aufsichtsbehörde. Beschwerden (auch solche wie nach Art. 17 SchKG) sollen allerdings gerade nicht zulässig sein, sondern lediglich „Anzeigen“, d.h. formlose Rechtsbehelfe. Die FINMA soll sodann aber auch über Fragen entscheiden, welche gemäss SchKG den Gläubigern vorbehalten sind (z.B. Führung von Prozessen). Uns leuchtet nicht ein, weshalb diesbezüglich eine vom SchKG abweichende Lösung gewählt wird, welche der FINMA bloss Haftungsrisiken bescheren könnte und zudem die Legitimität des Verfahrens aus Gläubigersicht schmälert. Zu guter Letzt kann die FINMA dann auch noch gleich als Konkursliquidatorin tätig werden. Da kommt unweigerlich die Frage auf: Wer kontrolliert das Vorgehen der FINMA?

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 4 Abs. 2 VKV-FINMA

Weshalb können die Mitteilungen nicht nach Art. 176 SchKG erfolgen? Zumindest eine Mitteilung an das zuständige Betreibungsamt ist nötig, um den Konkurs vermerken und bei laufenden Betreibungen diese einstellen zu können.

Art. 6 VKV-FINMA

Anordnungen des Konkursliquidators sind Verfügungen (man denke nur an die Kollokationsverfügung); nur sind diese nicht auf dem Verwaltungsrechtsweg anfechtbar. Weshalb insbesondere die Stellung der Gläubiger im Konkurs einer Versicherung gegenüber Gläubigern in einem normalen Konkurs derart verschlechtert werden soll, dass ihnen nur die Möglichkeit einer Anzeige und keine bspw. Art. 17 SchKG nachgebildete Beschwerdemöglichkeit zustehen soll, erstaunt angesichts des in anderen Rechtsgebieten laufend ausgebauten Rechtsschutzes.

Art. 9 Abs. 3 VKV-FINMA

Es ist nicht einsichtig, weshalb hier von den Regeln des SchKG abgewichen wird. Die im Erläuterungsbericht gegebene Argumentation könnte jedenfalls auch für alle anderen

Einzelfirmen herangezogen werden. Ob dem Verordnungsgeber diesbezüglich überhaupt eine entsprechende Kompetenz zukommt, erachten wir als zweifelhaft.

Art. 11 VKV-FINMA

Ist diese Norm nicht entbehrlich, weil es sich schlicht um eine Selbstverständlichkeit handelt?

Art. 14 Abs. 1 / 15 Abs. 1 VKV-FINMA

Diese Bestimmungen wiederholen letztlich nur Art. 54b Abs. 2 VAG. Hingegen wird entgegen dem zu Erwartenden in keiner Weise konkretisiert, nach welchen Kriterien die fraglichen Punkte festgelegt werden.

Art. 16 Abs. 5 VKV-FINMA

Wieso soll der Konkursliquidator (generell) der FINMA Sicherungsmassnahmen erst beantragen müssen? Da solche Massnahmen in der Regel dringlich sind, ist es notwendig, dass er diese selbst und unverzüglich vornehmen kann.

Art. 17 Abs. 3 VKV-FINMA

Weshalb wird hier eine von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG abweichende Formulierung gewählt? Ohnehin liegt die Bedeutung der fraglichen Bestimmung zur Hauptsache darin, die Pfandgläubiger möglichst wirkungsvoll zur Meldung anzuhalten. Es dürfte nur wenige Fälle von Nichtmeldungen geben, in welchen es je zu einer Sanktion gekommen ist.

Art. 19 VKV-FINMA

Worin liegt die praktische Bedeutung dieser Bestimmung? Wie will die FINMA definitiv wissen, dass die Bücher ALLE Forderungen des Versicherungsunternehmens korrekt wiedergeben? Und wie soll der Schuldner mit Sicherheit wissen, dass seine Schuld aus den Büchern ersichtlich ist?

Art. 21 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 1 VKV-FINMA

Wieso werden diese Fragen nicht auf dem Wege eines Zirkulars den Gläubigern zum Entscheid überlassen?

Art. 23 Abs. 5

Die gesetzliche Grundlage für diese Regelung ist fraglich. Sieht das grundsätzlich anwendbare Konkursrecht nach SchKG doch vor, dass die Gegenstände von den Organen der Gesellschaft zu verwerten sind. Zuzugeben ist, dass eine solche Regelung auch im normalen Konkursverfahren durchaus wünschenswert wäre.

Art. 27 VKV-FINMA

Wäre eine Bestimmung, dass solche Forderungen analog den faustpfandgesicherten Forderungen zu behandeln sind, nicht ausreichend?

Art. 28 Abs. 2 VKV-FINMA

Wieso sollen über diese Frage nicht die Gläubiger durch Zirkularbeschluss entscheiden?

Art. 30 VKV-FINMA

Diese Bestimmung erscheint überflüssig, da alles bereits in Art. 250 SchKG geregelt wird.

Art. 36 Abs. 2 VKV-FINMA

Dies erscheint sehr heikel. Wäre es nicht sinnvoller, solche Forderungen vorab zu kollozieren? Dafür wäre unseres Erachtens mit einer Verzögerung von rund einem Monat zu rechnen (Publikation und Frist von 20 Tagen), was tolerierbar erscheint. Dann wäre bei Auszahlung zumindest sichergestellt, dass die Forderung besteht.

Art. 36 Abs. 1, 3 und 4 VKV-FINMA

Mit der Feststellung, dass diese Forderungen analog zu faustpfandgesicherten Forderungen zu behandeln sind, könnte auf diese Regelung verzichtet werden.

Art. 39 VKV-FINMA

Zumindest im Falle konkursiter natürlicher Personen muss die Ausstellung eines Verlustscheins automatisch erfolgen und die entsprechenden Kosten müssen aus der Konkursmasse beglichen werden. Es gibt keinen Grund, in solchen Fällen vom SchKG abzuweichen.

Art. 41 Abs. 1 VKV-FINMA

Weshalb bei Entdeckung eines neuen Aktivums eine Wiederaufnahme nach einer Einstellung mangels Aktiven oder eine Nachverteilung im Sinne von Art. 269 SchKG nur während längstens 10 Jahren nach Beendigung des Verfahrens in Frage kommen soll, ist nicht einsichtig. Die Stellung von Gläubigern eines konkursiten Versicherers im Verhältnis zu Gläubigern anderer Konkurschuldner würde dadurch grundlos verschlechtert.

Für Ihre Kenntnisnahme danken wir Ihnen bestens.

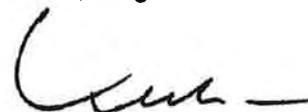
Mit freundlichen Grüßen

Konferenz der Betreibungs- und
Konkursbeamten der Schweiz

Stefan Broger, Präsident



Gerhard Kuhn, Mitglied des Vorstandes



Vorab per E-Mail an roger.kuenzle@finma.ch

Von: Daniel Wernli [<mailto:daniel.wernli@zurich.ch>]
Gesendet: Freitag, 29. Juni 2012 16:28
An: Schiltknecht Reto
Cc: CHZ_NVN_NGF_VORSTAND_TECH_A@email.zurich.com

Betreff: Anhörung Versicherungskonkursverordnung-FINMA (E-VKV-FINMA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben eine Anhörung im Zusammenhang mit dem Entwurf einer Versicherungskonkursverordnung (E-VKV-FINMA) in die Wege geleitet. Wir bitten Sie, im Zusammenhang mit dieser Anhörung von den nachstehenden Bemerkungen Kenntnis zu nehmen.

Gemäss Art. 76 Abs. 2 lit b des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) deckt der Nationale Garantiefonds (NGF) die Haftung für Schäden, die durch in der Schweiz zugelassene Motorfahrzeuge und Anhänger verursacht werden, wenn über den leistungspflichtigen Haftpflichtversicherer der Konkurs eröffnet worden ist. Mit der Zahlung der Ersatzleistung an den Geschädigten tritt der Nationale Garantiefonds für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Geschädigten ein (Art. 76 Abs. 6 SVG).

Der NGF hat eine umfassende Überprüfung der rechtlichen und finanziellen Fragen, welche sich im Zusammenhang mit dieser gesetzlichen Pflicht stellen, beschlossen. Anlässlich seiner Sitzung vom 14.6.2012 hat der Vorstand des NGF entschieden, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, welche damit beauftragt werden soll, den Konkursfall eines Versicherers und die Konsequenzen auf den NGF in rechtlicher, finanzieller und anlagentechnischer Sicht eingehend zu beleuchten. Die Arbeitsgruppe wird ihre Tätigkeit voraussichtlich im August 2012 aufnehmen und die ersten Ergebnisse ihrer Tätigkeit per Ende Jahr liefern können.

Nachdem im Rahmen der Tätigkeit der Arbeitsgruppe namentlich auch konkursrechtliche Fragen zu beleuchten sein werden, ist es uns daher nicht möglich, im Voraus innert der Eingabefrist zu den im Verordnungsentwurf enthaltenen Detailregelungen, welche den NGF betreffen, Stellung zu nehmen.

Für Ihre Kenntnisnahme danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse

Daniel Wernli
Managing Director

Swiss National Bureau of Insurance (NBI) & Swiss National Guarantee Fund (NGF)
Nationales Versicherungsbüro Schweiz (NVB) & Nationaler Garantiefonds Schweiz (NGF)
Bureau National Suisse d'Assurance (BNA) & Fonds National Suisse de Garantie (FNG)
Ufficio Nazionale Svizzero delle Assicurazioni (UNA) & Fondo Nazionale Svizzero di Garanzia (FNG)
PO Box
CH-8085 Zurich

+41 44 628 65 19 (main number)
+41 44 628 56 70 (direct line)
+41 44 628 60 69 (fax)
daniel.wernli@zurich.ch
<http://www.nbi.ch/>

Sehr geehrter Herr Künzle

Gerne teilen wir Ihnen mit, dass wir im Rahmen der Anhörung zur
Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINMA) keine Bemerkungen haben.

Freundliche Grüsse und ein schönes Wochenende

Lydia Studer Kaufmann
lic. iur. Fürsprecherin
Leiterin Recht

Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge
Seilerstrasse 8 Postfach 7461
3001 Bern
Tel +41 31 322 91 64
Fax +41 31 322 26 96
lydia.studer@oak-bv.admin.ch



santésuisse

Die Schweizer Krankenversicherer

Les assureurs-maladie suisses

Gli assicuratori malattia svizzeri

santésuisse
Römerstrasse 20
Postfach 1561
CH-4502 Solothurn
Tel. +41 32 625 41 41
Fax +41 32 625 41 51
mail@santesuisse.ch
www.santesuisse.ch

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA
Dr. Reto Schiltknecht
Leiter Solvenz und Kapital
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Für Rückfragen:
Isabel Kohler Muster
Direktwahl: +41 32 625 4727
Isabel.Kohler@santesuisse.ch

Solothurn, 21. Juni 2012

Öffentliche Anhörung zur „Versicherungskonkursverordnung-FINMA (VKV-FINM)“; Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Schiltknecht
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zur geplanten VKV-FINMA Stellung nehmen zu können.

Als Branchenverband der schweizerischen Krankenversicherer nimmt santésuisse insbesondere zu Vorlagen, welche den Bereich der sozialen Krankenversicherung betreffen, Stellung. Wir beschränken uns deshalb auf grundsätzliche Aussagen.

santésuisse erachtet die insbesondere mit der neuen Verordnung bezweckten Abweichungen zu den ordentlichen Bestimmungen des Konkursverfahrens, wie Beschleunigung durch Eliminierung bestimmter Verfahrensschritte sowie Besserstellung der Versicherungsnehmenden durch die Möglichkeit der Vorwegbefriedigung, als sinnvolle Anpassungen im Privatversicherungsreich und stimmt infolgedessen der Vorlage zu.

Freundliche Grüsse

santésuisse

Dr. Stefan Holenstein
stv. Direktor

Isabel Kohler Muster
Rechtsdienst

Monsieur Reto Schiltknecht
Solvenz und Kapital, Banken
Autorité fédérale de surveillance des marchés
financiers FINMA
Einsteinstrasse 2
3003 Berne

Date 30 juin 2012
Document n° 051025/02150894/CLB
Concerne Prise de position de l'Etude Schellenberg Wittmer sur le projet d'Ordonnance de l'Autorité
fédérale de surveillance des marchés financiers sur la faillite des assurances (**OFA-FINMA**)

Monsieur,

Dans le délai imparti par la FINMA, notre Etude a le plaisir de vous faire parvenir ci-après ses observations à propos du projet d'ordonnance de la FINMA sur la faillite des assurances (**OFA-FINMA**).

A titre liminaire, nous faisons remarquer que d'un point de vue systématique, il serait plus cohérent de placer dans la même ordonnance les règles d'exécution sur la faillite et l'insolvabilité des banques et les règles sur la faillite des assurances et de n'adopter, par conséquent, qu'une seule ordonnance sur la faillite des banques et des assurances. De nombreuses dispositions sont en effet très proches, voire identiques.

Il conviendra également de régler également par voie d'ordonnance la question de l'insolvabilité des placements collectifs de capitaux. L'on peut se demander à cet égard si la FINMA ne devrait pas repenser intégralement la systématique prévue et fondre en un seul acte les ordonnances concernant l'insolvabilité des banques, des assurances et des placements collectifs de capitaux.

Par ailleurs, nous ne sommes pas certains de comprendre si la FINMA prévoit également d'édicter une ordonnance concernant l'assainissement des assurances – et des placements collectifs de capitaux. Cet aspect manque dans l'OFA-FINMA (probablement à juste titre puisque l'ordonnance semble limitée matériellement à la faillite), mais une précision ou un renvoi serait utile.

En tous les cas, nous préconisons de traiter également dans une seule et même ordonnance la faillite et l'assainissement (des banques, des négociants, des assurances et des placements collectifs de capitaux).

L'on notera pour le surplus que le libellé de la clause de délégation de compétences de l'art. 54 al. 3 LSA aurait pu être plus explicite.

Vous trouverez ci-dessous nos commentaires détaillés article par article :

- Ad art. 3, al. 1 OFA-FINMA:

Si l'on comprend la volonté du législateur d'étendre à tous les biens réalisables la procédure de faillite ouverte, que ces biens se trouvent en Suisse ou à l'étranger, en pratique cette disposition pourra entrer en conflits de loi avec un droit étranger qui prévoirait, à l'image de ce que connaît actuellement le droit suisse, le principe de territorialité des procédures collectives d'insolvabilité.

Par conséquent, il conviendrait de mentionner à la suite de l'art. 1, al. 1 que cette disposition s'applique sous réserve de règles contraires impératives du droit étranger.

- Ad art. 3 OFA-FINMA:

La notion d' "actifs constitués" est floue, et en pratique est difficile à interpréter. Il conviendrait de préciser ce que l'on entend par actifs constitués. A notre avis, sont présumés être des actifs de la succursale, qui doivent donc être inventoriés, tous les actifs servant à l'exploitation de la succursale et découlant de l'activité de la succursale.

En cas d'activité mixte entre le siège et la succursale suisse, il faudrait sans doute prévoir une présomption réfragable que l'activité est considérée comme celle de la succursale (suisse).

- Ad art. 4, al. 1 OFA-FINMA:

Afin d'assurer la communication de l'ouverture de la faillite à tous les créanciers, il pourrait être opportun de prévoir également une publication dans les feuilles officielles cantonales du siège de l'assujetti concerné.

- Ad art. 4, al. 4 OFA-FINMA:

Il convient de se demander si une procédure de prolongation, respectivement de restitution du délai, ne devrait pas être précisée ici dans l'hypothèse où un créancier n'aurait pas pu agir dans les délais sans sa faute, par exemple parce qu'il est domicilié à l'étranger.

- Ad art. 5 OFA-FINMA:

Nous saluons ici la procédure de consultation des pièces prévue par l'OFA-FINMA, qui prévoit un certain nombre de garde-fous permettant ainsi de garantir le respect du principe de spécialité et d'éviter que les données obtenues par certains créanciers dans la procédure suisse de faillite ne soient utilisées à des fins différentes, notamment par des autorités étrangères.

- Ad art. 6 OFA-FINMA:

Il paraîtrait plus adéquat d'utiliser le terme "dénonciation" à la FINMA (plutôt que signalement), notion connue du droit administratif, et d'ailleurs utilisé dans le projet d'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'insolvabilité des banques et des négociants en valeurs mobilières (P-OIB-FINMA).

- Ad art. 7, al. 1 OFA-FINMA:

Nous comprenons que le liquidateur de la faillite est nommé par voie de décision. Par conséquent, et vu la nature de cet acte, qui constitue une décision, il est possible qu'un recours soit introduit contre cette dernière, ce qui n'est naturellement pas souhaitable dans la mesure où le processus de faillite pourrait être retardé et ainsi mis en péril.

Par conséquent, nous préconisons de préciser ici que la décision concernant la nomination d'un liquidateur n'est attaquantable par les créanciers que dans l'hypothèse unique où le liquidateur ne présenterait pas toutes les garanties d'indépendance et serait dans l'obligation de se récuser.

- Ad art. 7, al. 3 OFA-FINMA:

La notion de "contrôle" du liquidateur n'est pas claire. Il conviendrait de mentionner plutôt "les modalités de la reddition de compte par le liquidateur de la faillite vis-à-vis de la FINMA".

- Ad art. 8, al. 1, let. c OFA-FINMA:

Il est en effet important que l'organe de l'exécution forcée nommé par la FINMA s'assure de la continuation de l'exploitation de l'entreprise en faillite, dans la mesure nécessaire à la procédure de faillite et par exemple au transfert des clients. Il conviendrait ici de mettre à la charge des organes de l'entreprise faillie une obligation de collaborer, dont la violation pourrait être réprimée par des dispositions du droit pénal administratif.

- Ad art. 8, al. 1, let. d OFA-FINMA:

Il conviendrait de compléter le terme "tribunaux" par "toute autre autorité" afin que soient également englobées les autorités pénales et administratives.

Ad al. 2: Les rapports entre la FINMA et le liquidateur ne sont pas mentionnés ici, alors que certaines obligations de reddition de compte peuvent être mises à la charge du liquidateur, par ailleurs mandataire. Il conviendrait de préciser ce point.

- Ad art. 10 OFA-FINMA:

Nous proposons de remplacer le terme "correctement" par le terme "conformément aux prescriptions légales applicables".

- Ad art. 15 OFA-FINMA

La FINMA devrait obligatoirement approuver le règlement interne de fonctionnement de la commission de surveillance. Par ailleurs, il serait adéquat de contraindre les membres de la commission à une obligation de confidentialité.

- Ad art. 16, al. 6 OFA-FINMA (1ère phrase):

La formulation de cette première phrase devrait être revue. Il n'est en effet pas aisé de comprendre si la personne a été choisie par les propriétaires de l'entreprise avant la faillite ou après la faillite. Nous proposons dès lors la formulation suivante : "Le liquidateur de la faillite soumet l'inventaire à un organe ou à un membre de la haute direction de l'entreprise d'assurance. La personne choisie peut également être un organe de fait".

- Ad art. 23, al. 2 OFA-FINMA:

Nous saluons l'introduction dans l'OFA-FINMA de la possibilité pour la FINMA de poursuivre elle-même la procédure de faillite, même en l'absence d'actifs suffisants. En effet, les intérêts des créanciers doivent être sauvegardés dans tous les cas, y compris même lorsque les actifs font défaut. Il en va, dans une certaine mesure, de la réputation de la place financière suisse.

- Ad art. 26 OFA-FINMA:

Ce projet d'ordonnance contient une lacune se rapportant aux créances conditionnelles. Les créances conditionnelles font l'objet d'une réglementation spécifique traitée par l'article 59 de l'ordonnance sur l'administration des Office des faillites (OAOF). Il convient à notre sens de prévoir le même type de réglementation et de compléter l'art. 26 en ce sens, en prévoyant notamment qu' "une production ne peut être admise ou écartée sous condition, sauf en cas de litige portant sur l'extinction d'une créance, incontestée dans tout son principe, qui renaît en cas de restitution de ce qui a été reçu".

Il conviendrait également d'ajouter un second paragraphe précisant que "Si le liquidateur ne peut prendre de décisions sur l'admission ou le rejet d'une production, il doit ou suspendre le dépôt de l'état de collocation s'agissant de cette créance ou le compléter ultérieurement et le déposer à nouveau en faisant les publications nécessaires".

- Ad art. 29, al. 4 OFA-FINMA:

Remplacer le verbe "signaler" par le verbe "informer", et préciser le mode de communication, par exemple par pli simple ou par pli recommandé.

- Ad art. 32, al. 2 OFA-FINMA:

La mise sur pied d'enchères publiques est un processus extrêmement chronophage et extrêmement coûteux s'il est mis à la charge de la masse. Il conviendrait d'expressément autoriser dans l'OFA-FINMA la délégation, par le liquidateur de la faillite, de l'organisation de la

vente aux enchères aux Offices des faillites du siège de la faillite, et d'insister sur le fait qu'il s'agit uniquement d'une délégation et que la vente aux enchères reste sous le contrôle du liquidateur qui peut instruire les Offices des faillites selon les besoins de la procédure.

- Ad art. 35, al. 2 OFA-FINMA:

Il conviendrait également de préciser que les obligations de l'assurance qui font partie de la fortune liée (par exemple une obligation résultante de produits dérivés OTC appartenant à la fortune liée avec une valeur nette négative pour l'assurance ou une obligation de retourner la valeur du "excess collateral" donné à l'assurance dans le contexte d'un contrat de securities lending) sont aussi couvertes en premier lieu (et non "dans un premier temps") par le produit issu de la vente de biens appartenant à la fortune liée.

Il conviendrait de remplacer dans un premier temps ("vorab") par en premier lieu.

L'on signalera à toutes fins utiles que la question de la consignation des dividendes non retirés et du stockage des archives n'est pas traitée par l'OFA-FINMA. Ces aspects donnent pourtant lieu parfois à quelques disputes avec les Offices des faillites des sièges des entités en faillite.

L'Office des faillites du canton de Genève a ainsi édicté deux circulaires en lien avec ces objets, obligeant les organes de l'exécution forcée à remettre à l'Office des faillites les dividendes non retirés et les archives des faillis. Le soussigné de gauche a reçu ces circulaires, également en sa qualité de liquidateur nommé par la FINMA. Une clarification serait donc souhaitable.

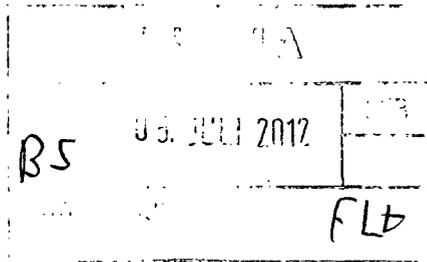
Vous souhaitant bonne réception de la présente, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments dévoués.



Vincent Jeanneret



Olivier Hari



FINMA
Herrn Dr. Reto Schiltknecht
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Rodersdorf, 1. Juli 2012

Anhörung zur "Versicherungskonkursverordnung FINMA"

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für Ihre Einladung zur Stellungnahme in obgenannter Sache. Leider fehlt uns in unserem Kreise die erforderliche Expertise, um in dieser speziellen Materie fundiert zu Ihrem Vorschlag Stellung nehmen zu können. Aus diesem Grunde verzichten wir auf die Abgabe einer Stellungnahme.

Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen

Stephan Fuhrer



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

Beat von Rechenberg

Secrétaire générale FSA

René Rall

Sehr Herr Künzle

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Teilnahme an der Anhörung zur
Versicherungskonkursverordnung-FINMA (Anhörungsfrist bis 30. Juni 2012).

Der SVV hat die Vorlage aus Sicht der Privatassekuranz geprüft. Entsprechend dem Ergebnis der
Prüfung teilen wir Ihnen innert der uns freundlicherweise erstreckten Frist mit, dass der SVV keine
Anträge oder Bemerkungen anzubringen hat.

Mit freundlichen Grüssen

Marc Chuard
Leiter Ressort Finanz und Regulierung

Franziska Streich
Leiterin Recht Ressort Finanz und Regulierung

ASA | SVV

Schweizerischer Versicherungsverband SVV
Franziska Streich
Rechtsanwältin, Leiterin Recht
Ressort Finanz und Regulierung
C.F. Meyer-Strasse 14, Postfach 4288, CH-8022 Zürich
Telefon +41 44 208 28 63
franziska.streich@svv.ch
www.svv.ch