



Berne, le 14 novembre 2018

Modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA)

Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation

Condensé

Depuis son entrée en vigueur en 2006, la loi sur la surveillance des assurances (LSA) régit la surveillance que la Confédération exerce sur les entreprises et les intermédiaires d'assurance. Jusqu'ici, elle n'a fait l'objet que de modifications ponctuelles. Le projet mis en consultation vise à l'adapter aux réalités qui se sont fait jour ces dernières années dans certains domaines.

Contexte

Depuis que la LSA est entrée en vigueur, la situation a évolué dans plusieurs des domaines que cette loi couvre, nécessitant ainsi la modification de différents points. Contrairement au droit bancaire, la LSA ne comporte par exemple pas de base légale propre régissant l'assainissement des entreprises d'assurance. Par ailleurs, la pratique a montré qu'il y a lieu, en vertu du principe de proportionnalité, d'assouplir la surveillance pour les entreprises d'assurance qui n'ont dans leur portefeuille que des clients professionnels. De plus, au terme des travaux qu'il a menés sur la loi sur les services financiers (LSFin), le Parlement a décidé que les règles de comportement prescrites dans la LSFin ne devaient pas s'appliquer directement aux entreprises d'assurance, mais qu'elles devaient être inscrites dans la LSA.

Contenu du projet

Le projet propose donc, premièrement, d'inscrire dans la LSA une base légale régissant l'assainissement des entreprises d'assurance, de manière à ce que celles-ci puissent, le cas échéant, être assainies plutôt que liquidées obligatoirement, comme le droit en vigueur le prévoit. Cette possibilité tient compte en particulier des intérêts des preneurs d'assurance en cas de crise. Deuxièmement, le projet présente un tout nouveau système, au moins sur la scène européenne, puisqu'il est prévu d'introduire une catégorisation des clients dans le droit de la surveillance des assurances. Ce système permettra aux entreprises d'assurance de bénéficier d'un allègement des obligations prudentielles, notamment si elles n'ont pour partenaires contractuels que des clients professionnels ne nécessitant pas de protection particulière. Les entreprises qui ont un modèle économique particulièrement innovant et porteur pourront même être entièrement libérées de la surveillance, à condition que la protection des assurés n'en soit pas affectée. Troisièmement, conformément au mandat du Parlement et par analogie avec la LSFin, la LSA définira les règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance qui proposent des produits d'assurance présentant les caractéristiques d'un placement. Enfin, le projet contient des modifications de moins grande portée, dont la pertinence est toutefois apparue lors des travaux de révision. Sur le plan formel, la LSA sera dotée d'une structure plus claire grâce à l'ajout de titres de section, ce qui en améliorera sensiblement la lisibilité.

Table des matières

1	Contexte	4
1.1	Nécessité d’agir et objectifs visés	4
1.2	Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral	4
1.2.1	Relation avec le programme de la législature	4
1.2.2	Relation avec les stratégies du Conseil fédéral	4
2	Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	5
3	Présentation du projet	5
3.1	Réglementation proposée	5
3.1.1	Assainissement des entreprises d’assurance	5
3.1.2	Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients	7
3.1.3	Règles de comportement applicables aux intermédiaires d’assurance	7
3.1.4	Système de médiation	8
3.1.5	Autres thèmes	9
3.2	Appréciation de la solution retenue	10
3.2.1	Assainissement des entreprises d’assurance	10
3.2.2	Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients	10
3.2.3	Règles de comportement applicables aux intermédiaires d’assurance	11
3.3	Mise en œuvre	11
4	Commentaire des dispositions	11
4.1	Loi sur la surveillance des assurances	11
4.2	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière	65
4.3	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers	67
5	Conséquences	68
6	Aspects juridiques	69
6.1	Protection des données	69
6.2	Délégation de compétences législatives	69

1 Contexte

1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés

Avant 2006, la réglementation relative à la surveillance des entreprises d’assurance était répartie dans plusieurs lois fédérales. Ce n’est qu’avec l’adoption de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA; RS 961.01), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, que les dispositions correspondantes ont été regroupées dans un seul acte. Hormis quelques adaptations liées à d’autres projets de loi (p. ex. loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA; RS 956.1]), la LSA n’a jamais été modifiée. Or, au fil du temps, la pratique a montré que des changements s’imposent, non seulement en ce qui concerne l’assainissement des entreprises d’assurance notamment, mais aussi dans d’autres domaines. Les modifications proposées sont commentées ci-après.

1.2 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

1.2.1 Relation avec le programme de la législature

Le projet n’a été annoncé ni dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹, ni dans l’arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019².

À l’heure actuelle, la liquidation est la seule possibilité pour les entreprises d’assurance confrontées à une situation de crise. Créer une base légale prévoyant un assainissement est donc une priorité, non seulement en raison du contexte international et, en particulier, des taux d’intérêt, mais également aux fins de garantir aux assurés une protection adéquate de leurs intérêts. Lorsqu’il a examiné la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin; FF 2018 3733), le Parlement a en outre décidé que les règles de comportement à respecter lors de la fourniture de services d’assurance devaient être définies dans la LSA.

1.2.2 Relation avec les stratégies du Conseil fédéral

La stratégie du Conseil fédéral en matière de politique des marchés financiers poursuit trois objectifs: premièrement, instaurer des conditions-cadres propres à renforcer la compétitivité des participants au marché et veiller pour cela à ce que le secteur financier propose des produits de haute qualité; deuxièmement, assurer la stabilité du système financier dans son ensemble; troisièmement, garantir une protection adéquate des clients.

La proposition consistant à accorder des allègements aux entreprises d’assurance dont les assurés sont des professionnels suffisamment aguerris pour ne pas avoir besoin de

¹ FF 2016 981

² FF 2016 4999

la même protection légale que les autres assurés est de nature à renforcer la compétitivité du secteur de l'assurance et à rendre les produits plus avantageux pour les clients professionnels. De plus, la création d'une base légale prévoyant la possibilité d'assainir une entreprise d'assurance insolvable au lieu de la liquider, à condition que cette opération réduise le dommage causé aux assurés, améliorera la protection des clients sans que la compétitivité des assureurs n'en soit affectée. Dans ce contexte, le système de médiation permettra de régler les litiges entre les entreprises d'assurance et les assurés sans passer par des procédures judiciaires coûteuses, ce qui est dans l'intérêt de toutes les parties. Enfin, le renforcement de la surveillance des groupes contribuera à la stabilité du système financier, du fait que, dans le secteur de l'assurance, les risques systémiques ne découlent généralement pas des affaires traditionnelles concernant la couverture des risques des clients, mais proviennent d'éventuelles opérations financières qui n'ont aucun lien avec l'activité d'assurance et qui sont réalisées en principe dans une filiale plutôt que dans l'entreprise d'assurance elle-même. À la différence de la surveillance individuelle, la surveillance des groupes permet de contrôler ces activités financières.

Quant à la suppression de la possibilité de dispenser certaines entreprises d'assurance de l'obligation de désigner un organe de révision interne, elle est nécessaire pour garantir l'équivalence de la réglementation et de la surveillance des assurances pratiquées en Suisse avec celles de l'Union européenne (UE), cette équivalence permettant par ailleurs aux réassureurs suisses d'accéder au marché de l'UE. Enfin, le fait que les succursales suisses d'entreprises de réassurance étrangères seront désormais assujetties à la LSA contribuera à accroître la protection des clients.

2 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le projet de révision commenté dans le présent rapport est conforme aux principes de base du contrôle des assurances (*insurance core principles* [ICP]) définis par l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA) ainsi qu'aux réglementations en vigueur dans les pays européens voisins. Un commentaire de droit comparé plus détaillé figure dans l'annexe 1.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

3.1.1 Assainissement des entreprises d'assurance

Droit en vigueur

À l'heure actuelle, le droit des assurances ne prévoit pas de règles d'assainissement tenant compte des particularités de l'activité d'assurance. La LSA mentionne l'assainissement uniquement à titre de possibilité, disposant à cet égard que la faillite d'une entreprise d'assurance ne peut être prononcée que s'il n'y a aucune perspective d'assainissement ou si l'assainissement a échoué (art. 53 LSA). En outre, comme la loi

actuelle exclut expressément (cf. art. 53, al. 2, LSA) l'application de la procédure concordataire générale prévue par la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1), il n'y a aucune base légale régissant l'exécution d'une procédure d'assainissement pour les entreprises d'assurance. En revanche, des dispositions similaires existent depuis quelques années dans le secteur bancaire (cf. art. 28 à 32 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques [LB; RS 952.0]).

Faute de réglementation correspondante, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) peut uniquement ordonner des «mesures de sûreté» lorsqu'une entreprise d'assurance a par exemple des difficultés financières menaçant les intérêts des assurés (art. 51 LSA). Bien qu'elles prévoient expressément le transfert du portefeuille d'assurance à une autre entreprise d'assurance (art. 51, al. 2, let. d, LSA), ces mesures n'incluent ni la capitalisation, ni la possibilité de restreindre les droits de tiers pour garantir le succès d'un assainissement.

Dans ces conditions, la FINMA est de fait contrainte, le cas échéant, d'ordonner l'ouverture de la faillite même si l'entreprise d'assurance concernée pourrait être assainie. Cette obligation légale peut aboutir à des résultats inappropriés, notamment pour les assurés. Ceux-ci ont généralement intérêt, en particulier dans les secteurs de l'assurance-maladie et de l'assurance sur la vie, à ce que leur contrat d'assurance soit maintenu plutôt que résilié à cause de la faillite de l'entreprise d'assurance. Il leur est en effet souvent difficile, dans ce cas, d'obtenir une couverture d'assurance équivalente auprès d'un autre assureur (réserves quant à l'âge ou à des maladies existant avant la conclusion du contrat ou primes plus élevées). Du point de vue des assurés, il vaut donc mieux, dans la plupart des cas, que l'entreprise d'assurance soit assainie plutôt que sa faillite soit prononcée.

Contenu de la révision

La base légale régissant l'assainissement des entreprises d'assurance doit contenir aussi bien des dispositions formelles que des dispositions matérielles. Sur le plan formel, elle doit habiliter la FINMA à ouvrir et à conduire une procédure d'assainissement, ainsi qu'à édicter les dispositions d'exécution nécessaires. Sur le plan matériel, elle doit définir en particulier les mesures d'assainissement qui s'imposent, telles que le transfert du portefeuille d'assurance à une autre entreprise d'assurance ou à une société de défaisance ou, au contraire, le maintien de ce portefeuille dans l'entreprise en difficulté, dans les deux cas avec la possibilité de restreindre au besoin les droits des créanciers. Les mesures de capitalisation comprennent par exemple une réduction du capital-actions suivie d'une nouvelle augmentation ou la conversion de certaines créances en droits de participation (*bail-in*), moyennant le respect du principe selon lequel aucun créancier ne doit supporter de pertes plus importantes que celles qu'il subirait en cas de faillite assurantielle (*no creditor worse off than in liquidation*).

La procédure d'assainissement a pour objectif d'écarter le risque d'insolvabilité. Elle vise donc à mettre l'entreprise d'assurance en condition de surmonter ses difficultés financières et d'éviter la procédure de faillite. Elle sert toutefois en premier lieu le but de la LSA, à savoir la protection des assurés. La procédure d'assainissement peut certes aboutir au maintien de l'entreprise d'assurance, mais ce n'est pas un impératif.

Elle doit viser en priorité au maintien du portefeuille d'assurance, ce qui peut déboucher sur un transfert de ce dernier à une autre entreprise. Il est également envisageable que l'assainissement serve à éviter la faillite assurantielle et, par conséquent, la résiliation immédiate des contrats d'assurance, l'objectif final étant toutefois d'assurer l'exécution ordinaire des contrats en cours (sans conclusion de nouveaux contrats), puis la libération de l'entreprise de la surveillance (*run-off* ou liquidation de portefeuille). En règle générale, les entreprises d'assurance ne sont pas maintenues après leur assainissement, mais font l'objet d'une liquidation ordonnée.

3.1.2 Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients

Droit en vigueur

La LSA repose sur la nécessité de garantir une protection uniforme des assurés. Du point de vue du droit de la surveillance, ce principe d'uniformité signifie qu'il n'est procédé à aucune évaluation ni différenciation systématiques des besoins de protection des divers assurés (particuliers, petites et moyennes entreprises [PME], gros clients, assureurs directs) et, par conséquent, à aucune catégorisation des exigences de surveillance. C'est seulement dans le domaine de la réassurance que la LSA actuelle prévoit une application différenciée des dispositions relatives à la protection des assurés (cf. art. 35 LSA). Le droit en vigueur ne fait donc de distinction qu'entre les assureurs exerçant une activité d'assurance directe, pour lesquels l'intensité de la réglementation et de la surveillance est plus élevée, et ceux qui exercent une activité de réassurance, pour lesquels cette intensité est moindre.

Contenu de la révision

Une fois la LSA révisée, l'intensité de la réglementation et de la surveillance ne dépendra pas du *but* des relations d'assurance prépondérantes de l'assureur (assurance directe ou réassurance), mais tiendra au *besoin de protection* du preneur d'assurance. Il y a donc lieu de définir plusieurs segments d'assurés. Ainsi, l'activité d'assurance directe pourrait aussi être soumise à une réglementation et à une surveillance de moindre intensité, à condition qu'elle s'adresse uniquement à des preneurs d'assurance professionnels (p. ex. gros clients). Les dispositions relatives à la garantie des prétentions des assurés (fortune liée) ne s'appliqueront par exemple pas à un assureur qui ne compte dans sa clientèle que des preneurs d'assurance professionnels, étant donné que ceux-ci peuvent prendre eux-mêmes les mesures de sûreté qui s'imposent. Ils sont en outre à même d'évaluer la stabilité financière des entreprises d'assurance et les modalités des contrats d'assurance.

3.1.3 Règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance

Lorsqu'il a examiné la LSF_{Fin}, le Parlement a décidé que les règles de comportement prévues dans cette loi pour les prestataires de services financiers, soit notamment les obligations d'information et de documentation envers les clients, ne devaient pas s'appliquer directement au secteur de l'assurance. Il a estimé qu'il valait mieux que ces

règles fassent l'objet d'une procédure de consultation distincte dans le cadre de la révision de la LSA. Conformément au mandat du Parlement, le projet commenté dans le présent rapport propose des règles de comportement axées sur les besoins spécifiques des preneurs d'assurance. Ainsi, avant de recommander une assurance sur la vie qualifiée, l'intermédiaire d'assurance devra vérifier si l'assurance en question est appropriée pour le preneur d'assurance et se renseigner sur les connaissances et l'expérience dont ce dernier dispose. Il devra en outre documenter l'assurance sur la vie qualifiée qui a été conclue, les connaissances et l'expérience du preneur d'assurance qu'il a recensées et le fait que le caractère approprié de l'assurance a été vérifié. De plus, s'il est non lié, l'intermédiaire d'assurance devra informer le preneur d'assurance sur la rémunération qu'il perçoit de tiers pour la fourniture de ses services. Enfin, le projet précise à cet égard qu'un intermédiaire d'assurance n'aura pas le droit d'exercer son activité à la fois en qualité d'intermédiaire d'assurance lié et en qualité d'intermédiaire d'assurance non lié, du fait que les intermédiaires d'assurance non liés entretiennent des rapports de loyauté avec les assurés.

3.1.4 Système de médiation

Les organes de médiation sont une institution conforme à la fois aux normes internationales et à la tradition éprouvée de la procédure de conciliation. Les deux parties au litige doivent avoir la possibilité de saisir un organe de médiation indépendant, impartial, possédant les connaissances techniques nécessaires et dûment reconnu par l'État, sans que cela ne restreigne les droits et les garanties de procédure généraux. L'application du droit au niveau judiciaire sera ainsi opportunément complétée et renforcée par un instrument éprouvé de règlement extrajudiciaire des litiges.

Le secteur de l'assurance privée a déjà son propre organe de médiation, à savoir la fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la Suva (Ombudsman des assurances). De plus, l'Office de médiation de l'assurance-maladie est compétent dans le domaine de l'assurance-maladie et des assurances complémentaires à cette dernière visées dans la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Ces organes de médiation ont prouvé leur utilité, et il n'y a donc pas lieu de les remettre en question dans le présent projet. Celui-ci prévoit néanmoins une nouveauté: par analogie avec les principes que le Parlement a arrêtés dans la LSFIn pour les prestataires de services financiers, tant les entreprises que les intermédiaires d'assurance auront l'obligation de s'affilier à un organe de médiation. Il paraît en outre opportun de ne pas limiter cette obligation aux prestataires qui proposent des assurances sur la vie qualifiées, mais de l'appliquer à tous ceux qui proposent des produits d'assurance, par analogie avec le champ d'activité de l'actuel Ombudsman des assurances. L'autre nouveauté concernant le secteur de l'assurance consistera en l'obligation pour les organes de médiation d'être agréés (par le Département fédéral des finances [DFF]), ce qui impliquera qu'ils remplissent certaines conditions de base élémentaires.

Le projet prévoit de laisser le secteur de l'assurance libre d'organiser son système de médiation comme il l'entend, selon le principe de l'autorégulation, pour autant que les prescriptions légales minimales évoquées ci-dessus soient respectées. Il est envisageable que l'actuel Ombudsman des assurances étende son champ d'activité à toutes les entreprises d'assurance soumises à l'obligation de s'affilier. Il ne l'étendrait en revanche pas aux intermédiaires d'assurance indépendants, qui pourraient instituer

leur propre organe de médiation. Le cas échéant, les règles de la LSFIn relatives au système de médiation s'appliqueraient par analogie, ce qui signifie en particulier qu'en l'absence d'organe de médiation, le Conseil fédéral serait habilité à en désigner un.

Le Parlement n'a pas voulu renoncer à un organe de médiation pour les intermédiaires d'assurance et prévoir à la place une obligation de conclure une assurance-responsabilité civile professionnelle avec prolongation de couverture, de sorte que les litiges entre intermédiaires et clients seraient portés en dernier lieu devant l'entreprise d'assurance concernée. Cette solution aurait en effet pour inconvénient qu'une partie du marché de l'assurance disposerait (toujours) d'un organe de médiation, alors que l'autre partie n'en aurait pas. Elle serait en outre clairement inappropriée. En effet, un client mécontent ne pourrait pas s'adresser à un organe neutre, mais devrait porter le litige devant un assureur en responsabilité civile professionnelle, qui pourrait au demeurant avoir lui-même à répondre envers le client et être ainsi pris dans un conflit d'intérêts.

3.1.5 Autres thèmes

De l'avis de la FINMA et du secteur de l'assurance, la révision de la LSA doit porter également sur d'autres éléments que ceux qui ont été exposés aux ch. 1.2.1 à 1.2.4 ci-dessus, ce dont il a été tenu compte dans le présent projet:

- Les *dispositions pénales* de la LSA ont été passées en revue. Seules celles qui couvrent des aspects prudentiels essentiels seront maintenues. Cette approche vise à la fois à renforcer la surveillance et à libérer les autorités de poursuite pénale de procédures ne présentant guère d'utilité. De plus, le remaniement proposé est conforme aux dispositions pénales de la LSFIn, que les Chambres fédérales ont adoptée le 15 juin 2018 après avoir nettement élagué les dispositions commentées dans le message du Conseil fédéral.
- Lors de la révision du droit de la surveillance des assurances dans les années 2004 à 2006, on avait pour la première fois inscrit dans la LSA des dispositions particulières fondées sur une perspective de groupe. Cette *surveillance des groupes* n'est toutefois pas exercée de manière indépendante, mais l'est en complément à la surveillance individuelle (art. 66 LSA; primauté de la surveillance individuelle). Or il y a lieu de la renforcer, en ceci par exemple que les nominations et les mutations de personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable devront être approuvées par la FINMA également au niveau du groupe. Il en résultera une réglementation uniforme et cohérente de la surveillance individuelle et de celle des groupes.
- Prévue à l'art. 2, al. 1, let. b, LSA, la surveillance des entreprises d'assurance étrangères ayant une succursale en Suisse mais exerçant leur activité exclusivement à l'étranger (c.-à-d. «à partir de la Suisse») sera définie avec davantage de clarté. En outre, elle sera complétée par une disposition prescrivant que l'activité de réassurance exercée en Suisse ou à partir de la Suisse par des succursales d'entreprises d'assurance étrangères sera aussi soumise à la surveillance.

- Le test suisse de solvabilité (SST) est un système de mesure de la solvabilité basé sur les risques auxquels les entreprises d'assurance suisses sont exposées. Du point de vue matériel, le SST est certes déjà *intégré* implicitement à la LSA. Le nouvel art. 9 ainsi que les art. 9a et 9b le feront cependant reposer sur une base légale formelle ne laissant la place à aucune équivoque. Celle-ci sera en outre débarrassée d'une terminologie obsolète encore axée sur les anciennes dispositions en matière de solvabilité. Le projet de révision ne change toutefois rien au calibrage du test, car ce serait entrer dans des détails qui n'ont pas leur place dans la loi.
- Selon l'art. 27, al. 2, LSA, la FINMA peut dispenser une entreprise d'assurance de l'obligation de désigner un organe de *révision interne* lorsque des circonstances particulières le justifient. Or une dérogation de ce genre n'est plus justifiable dans l'environnement financier actuel. Elle a d'ailleurs prêté à discussion dans la procédure d'équivalence de l'UE, qui souhaite qu'elle soit abrogée.

3.2 Appréciation de la solution retenue

3.2.1 Assainissement des entreprises d'assurance

Compte tenu de ce qui précède, créer une base légale régissant l'assainissement des entreprises d'assurance est non seulement opportun, mais aussi absolument indispensable. À l'heure actuelle, la FINMA est tenue d'ordonner l'ouverture de la faillite. Cette obligation sera remplacée par des règles d'assainissement qui tiendront dûment compte des circonstances du cas d'espèce et des possibilités d'assainissement qui en résultent. Les dispositions proposées en matière d'assainissement s'inspirent de celles qui s'appliquent aux banques, moyennant quelques adaptations destinées à répondre aux spécificités des assurances. Elles prennent notamment en considération le fait que les intérêts contractuels des preneurs d'assurance diffèrent de ceux des clients des banques. Dans la grande majorité des cas, les preneurs d'assurance ont un intérêt prépondérant à ce que les contrats d'assurance qu'ils ont conclus soient maintenus, notamment parce qu'il peut être très difficile d'en changer dans certaines circonstances (domaine des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale). Le remboursement des primes déjà payées pour la durée résiduelle du contrat d'assurance supprimé passe alors généralement au second plan des préoccupations.

3.2.2 Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients

La catégorisation des preneurs d'assurance instaurera un modèle de réglementation et de surveillance des entreprises d'assurance échelonné en fonction du niveau de protection requis par chaque catégorie d'assurés. Le principe de proportionnalité sera ainsi respecté en matière de surveillance également. Par ailleurs, étant donné que la réglementation et la surveillance applicables au secteur de l'assurance sont par nature moins axées sur la protection du fonctionnement du marché (stabilité du système) que dans le secteur bancaire, l'adaptation de l'intensité de la réglementation n'exposera

pas la place financière à des risques insupportables. Au contraire, ce système permettra à la Suisse de rester compétitive sur la scène internationale, sans porter préjudice à l'équivalence avec la réglementation de l'UE. Enfin, l'adaptation des règles n'aura pas pour but de contraindre les entreprises d'assurance à se doter de nouvelles structures de groupe (il ne s'agit p. ex. pas d'exiger que les activités concernant les preneurs d'assurance non professionnels soient séparées des autres). La décision de s'organiser de manière à pouvoir profiter des allègements prévus appartiendra aux entreprises d'assurance elles-mêmes.

3.2.3 Règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance

Les règles de comportement proposées pour les intermédiaires d'assurance font d'une pierre deux coups: d'une part, elles créent en la matière une base légale équivalente à celle qui est inscrite dans la LSFIn pour les prestataires de services financiers et, d'autre part, elles permettent de répondre à la demande du Parlement quant à la mise en consultation de ces règles dans le cadre de la révision de la LSA. Les règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance tiennent compte des besoins des preneurs d'assurance de manière spécifique, puisque les obligations qui en découlent ne s'appliqueront pas sans distinction à toute fourniture de conseils en matière d'assurance, mais vaudront en particulier pour les conseils concernant les produits d'assurance sur la vie qualifiée. Ces produits parfois complexes justifient en effet l'adoption de règles de comportement particulières, notamment les obligations d'informer et de documenter. De telles règles seraient au contraire inappropriées dans les affaires grand public traditionnelles.

3.3 Mise en œuvre

Quelques dispositions de la nouvelle loi devront être précisées par voie d'ordonnance, dans une mesure limitée et conformément aux compétences générales du Conseil fédéral. Il ne devrait pas en résulter de problèmes particuliers en termes de mise en œuvre.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Loi sur la surveillance des assurances

Chapitre 1 *Objet, but et champ d'application*

Section 1 *Dispositions générales*

Pour une meilleure lisibilité, des titres de section ont été ajoutés à plusieurs endroits.

Art. 1, al. 2 *Objet et but*

L'un des objectifs clés de la présente révision de la LSA est de limiter de manière appropriée le champ de protection légal applicable aux preneurs d'assurance professionnels. Par rapport au droit actuel, la nouvelle réglementation sera davantage axée

sur le besoin effectif de protection des preneurs d'assurance («modèle de surveillance basé sur la protection des clients»), comme le précise le complément de texte «proportionnellement à la vulnérabilité des assurés».

Après la présente révision de la LSA, il faudra encore examiner quels allègements supplémentaires pourront être mis en œuvre, en particulier dans les domaines des captives (assurance directe ou réassurance internes au groupe) et du marché de gros (affaires conclues exclusivement avec des preneurs d'assurance professionnels), moyennant la modification d'actes normatifs de rang inférieur (ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance [OS; RS 961.011], ordonnance de la FINMA du 9 novembre 2005 sur la surveillance des assurances [RS 961.011.1] et circulaires de la FINMA).

Art. 2 *Champ d'application*

Al. 1, let. a

Conformément à l'interprétation qui prévaut aujourd'hui, la modification apportée à la let. a indique clairement que les entreprises d'assurance ayant leur siège en Suisse seront dans tous les cas soumises à la surveillance, quelle que soit l'activité d'assurance qu'elles exercent. Il n'est donc pas nécessaire que la loi énumère les divers domaines d'activité possibles. Toute entreprise ayant son siège en Suisse et exerçant une activité d'assurance directe ou de réassurance sera réputée entreprise d'assurance et par conséquent soumise à la surveillance.

Al. 1, let. b

Selon le droit en vigueur, les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger et exerçant une activité d'assurance directe en Suisse ou à partir de la Suisse sont soumises à la surveillance, sous réserve de dispositions contraires de traités internationaux.

La modification proposée étendra la surveillance aux entreprises d'assurance qui ont leur siège à l'étranger et qui exercent en Suisse ou à partir de la Suisse uniquement une activité de réassurance, pour autant que ces entreprises aient une succursale en Suisse.

Ces dernières années, un nombre croissant d'entreprises de réassurance étrangères ont créé des succursales en Suisse, d'où elles peuvent, en vertu de l'actuel art. 2, al. 2, let. a, LSA, exercer une activité de réassurance sans être soumises à la surveillance des autorités suisses. Cette faille législative doit être comblée, pour des raisons relevant non seulement de la protection des clients, mais aussi de la sauvegarde de la bonne réputation de la place financière suisse.

La solution proposée a en outre l'avantage de préserver l'ouverture des marchés. En effet, l'offre transfrontalière de couvertures de réassurance ne sera pas restreinte, conformément au principe de la libre circulation des services.

Pour les réassureurs étrangers ayant déjà une succursale en Suisse, l'art. 90a, al. 1, prévoit un délai transitoire dans lequel ils devront soit se soumettre à la surveillance de la FINMA, soit mettre fin à l'activité de leur succursale. Leur assujettissement à la surveillance nécessitera l'instauration de nouvelles procédures d'agrément.

Al. 2

À des fins de cohérence et de prévention de tout malentendu, la phrase introductive de l'al. 2 est adaptée à celle de l'al. 1, sans que son contenu ne soit modifié pour autant. Il en ressort ainsi clairement que les entreprises d'assurance assujetties à une surveillance particulière en vertu du droit fédéral n'entreront toujours pas dans le champ d'application de la LSA. À titre d'exemple, les assurances-maladie sociales au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10) resteront soumises aux règles de la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (RS 832.12) et, par conséquent, à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique, ce qui au demeurant avait déjà été déterminé clairement lors de l'adoption de la LSA en 2006 (cf. FF 2003 3372).

Al. 2, let. a

Du fait de la modification proposée dans cet alinéa et de la modification correspondante de l'art. 2, al. 1, let. b, ch. 2, seules les entreprises d'assurance qui ont leur siège à l'étranger, n'ont pas de succursale en Suisse et n'exercent qu'une activité de réassurance ne seront pas soumises à la surveillance.

Al. 2, let. b^{bis}

Pour promouvoir leur activité d'exportation, de nombreux États font appel à des prestataires d'assurance contre les risques à l'exportation, ou agences de crédit à l'exportation (ACE), généralement organisés de manière autonome. Ces prestataires financent des opérations d'exportation précises et couvrent les risques qui en découlent. Ils peuvent avoir un statut de droit privé ou de droit public, mais agissent en général au nom et pour le compte de l'État concerné. En Suisse, ce rôle incombe à l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE), un établissement de droit public qui propose ses assurances selon le principe de la subsidiarité, en complément de l'économie privée (cf. art. 6, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation [RS 946.10]). En tant qu'instruments du commerce extérieur, les ACE font partie intégrante de la politique économique de l'État dans lequel elles sont domiciliées. Par conséquent, il n'existe pas de régime de surveillance international qui assujettirait les ACE à une surveillance courante ou à l'obligation d'obtenir une autorisation conforme au droit prudentiel. Les ACE étatiques ou bénéficiant d'une garantie de l'État sont par exemple exclues explicitement du champ d'application du droit européen régissant la surveillance des assurances (cf. art. 5, ch. 4, de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice [directive Solvabilité II]). À l'étranger, l'ASRE n'est pas non plus assujettie à l'obligation d'obtenir un agrément, pas même pour les risques qui y sont situés.

La LSA actuelle ne prévoit pas de dérogation explicite pour les ACE. Il faut cependant partir du principe que les ACE étrangères exercent une activité d'assurance soumise à agrément au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral, en particulier pour ce qui est des risques situés en Suisse. Si l'ASRE bénéficie déjà d'une dérogation en vertu de l'art. 2, al. 2, let. b, LSA, aucune exception similaire ne s'applique aux ACE étrangères qui couvrent également les activités commerciales d'exportateurs suisses et le financement de transactions commerciales par des banques suisses. Cette situation est inappropriée. Les ACE opèrent dans la plupart des cas pour des raisons commerciales,

et le besoin de protection de leurs preneurs d'assurance peut être considéré comme moins important. De plus, eu égard à la pratique internationale contrastant nettement avec celle de la Suisse, il paraît indiqué de clarifier la situation au niveau de la LSA. Y inscrire une dérogation explicite pour les ACE servira à la fois la clarté et la sécurité du droit. Cette dérogation ne s'appliquera toutefois qu'aux activités relevant du cœur de métier des ACE en tant qu'instruments de la politique de commerce extérieure, et ne concernera pas les situations dans lesquelles une même entité juridique exercerait une activité d'assurance plus étendue, en concurrence directe avec des prestataires privés. Le Conseil fédéral fixera les modalités d'application au niveau de l'ordonnance.

Al. 2, let. c

La modification est de nature purement linguistique.

Al. 2, let. e

Cette modification tient compte du fait qu'à certaines conditions, l'octroi de cautionnements ou de garanties ou d'autres opérations de garantie ne peuvent pas être considérés comme une activité d'assurance. Les associations, les fédérations, les sociétés coopératives et les fondations qui proposent ces opérations à leurs membres, leurs associés ou leurs bénéficiaires seront donc exemptées de la surveillance exercée par la FINMA en vertu de la LSA si elles remplissent les deux conditions suivantes: d'une part, leur champ territorial d'activité devra se limiter au territoire suisse et, d'autre part, les gains qu'elles réaliseraient en lien avec ces opérations devront être attribués dans leur intégralité aux preneurs de cautionnement et de garantie concernés. Cette exemption de la surveillance ne pose pas de problème par rapport à l'accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (RS 0.961.1), car celui-ci ne définit pas l'activité d'assurance. Il incombe dès lors aux États signataires de le faire. L'exemption de la surveillance ne s'applique pas aux entreprises d'assurance organisées en sociétés coopératives.

Le fait que l'octroi de cautionnements et de garanties par une banque dans le cadre de son activité bancaire n'entre pas dans le champ d'application de la LSA va de soi et ne requiert donc pas de réglementation expresse dans la loi.

Al. 3

Le complément apporté à l'al. 3 permettra à la FINMA de libérer de sa surveillance les entreprises d'assurance qui ont un modèle économique innovant, à condition que cela contribue à la pérennité de la place financière suisse et ne porte pas préjudice à la protection des assurés. Lors de l'évaluation des demandes d'exemption, la FINMA devra donc analyser la preuve selon laquelle la protection des assurés restera garantie pendant toute la durée d'application du modèle économique concerné, la fourniture de cette preuve incombant à l'entreprise d'assurance requérante. En raison de la nature même de ces demandes, la FINMA disposera d'une large marge d'appréciation lors de l'examen. Elle devra tenir compte en particulier des risques très divers que les assurés courront en fonction du modèle économique examiné. Avant de délivrer son agrément, elle devra en outre toujours vérifier que le modèle en question est compatible avec l'accord avec l'UE sur l'assurance contre les dommages

Al. 4

Cet alinéa est complété en ceci qu'il habilite le Conseil fédéral à définir, d'une part, l'étendue que devra avoir la surveillance des entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger pour l'activité d'assurance que celles-ci exercent à partir de la Suisse et, d'autre part, sous quelles conditions la FINMA pourra libérer de sa surveillance les entreprises qui ont un modèle économique innovant. Le Conseil fédéral proposera la définition correspondante dans le cadre de la révision de l'ordonnance.

Art. 2a *Sociétés mères d'un groupe ou d'un conglomérat et sociétés d'un groupe ou d'un conglomérat significatives*

En cas d'insolvabilité, les sociétés d'un groupe de banques, d'infrastructures des marchés financiers ou d'assurances qui sont domiciliées en Suisse et qui remplissent des fonctions importantes pour les activités soumises à autorisation («sociétés du groupe significatives») relèvent de la compétence de la FINMA depuis le 1^{er} janvier 2016 (cf. actes modifiés dans l'annexe de la loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers [LIMF; RS 958.1]). Dans la LSA actuelle, la faillite des sociétés assujetties à la surveillance des groupes ou des conglomérats est régie respectivement par les art. 71^{bis} et 79^{bis}.

Les compétences en matière de faillite arrêtées dans les autres lois sur les marchés financiers sont plus étendues. Dans la LB, par exemple, les sociétés du groupe significatives d'un établissement individuel sont également considérées comme telles au niveau du groupe (sous-consolidation). La focalisation réduite de la surveillance dans le secteur de l'assurance se traduit par des lacunes en termes de protection. Ainsi, une société de services peut remplir des fonctions significatives, importantes en cas d'insolvabilité, également pour une entreprise d'assurance individuelle. L'art. 2a qui est ajouté vise donc à améliorer la capacité de liquidation des entreprises d'assurance. Sa structure est semblable à celle de l'art. 2^{bis} LB ou de l'art. 3 LIMF.

Les compétences en matière de faillite et de prescription de mesures ainsi que les nouvelles compétences en matière d'assainissement s'appliqueront indépendamment du fait que la FINMA ait assujetti le groupe ou le conglomérat d'assurance à la surveillance des groupes ou des conglomérats.

Section 2 *Obligations des entreprises et des personnes visées à l'art. 2, al. 2, let. d et e, et al. 3*

Art. 2b

Les al. 1 et 2 servent principalement la protection des assurés en garantissant la transparence nécessaire. Avant d'établir des relations d'affaires avec des preneurs d'assurance, les sociétés coopératives d'assurance créées avant le 1^{er} janvier 1993 (cf. art. 2, al. 2, let. d; selon les circonstances, il n'est pas nécessaire de prévoir de règles pour les autres entreprises visées à l'art. 2, al. 2) et les entreprises d'assurance libérées de la surveillance conformément à l'art. 2, al. 3, seront ainsi tenues d'informer les preneurs d'assurance du fait qu'elles ne sont pas soumises à la surveillance. Le respect de cette obligation sera garanti du fait de l'inscription, dans la loi, d'un nouvel élément constitutif d'une contravention (cf. art. 86, al. 1, let. a).

Si elles remplissent les conditions relatives à la libération de la surveillance, les entreprises d'assurance ne seront plus assujetties à cette dernière. L'al. 3 fixe les modalités de leur passage dans le domaine ne nécessitant pas d'agrément.

Art. 4, al. 2, let. k Demande d'agrément et plan d'exploitation

L'entreprise d'assurance devra déclarer dans les six mois qui suivent l'entrée en vigueur de la modification de la loi (cf. art. 90a) quel genre d'activité elle entend exercer, afin qu'il soit possible de déterminer si elle pourra profiter des allègements légaux prévus et, le cas échéant, pour quelles affaires. L'endroit approprié pour fournir cette indication sera la position K du plan d'exploitation (correspondant à la let. k de la présente disposition).

À cet égard, la loi prévoit trois possibilités:

1. entreprise d'assurance exerçant son activité exclusivement avec des preneurs d'assurance professionnels (marché de gros);
2. entreprise d'assurance exerçant exclusivement une activité d'assurance directe ou de réassurance internes au groupe (captive);
3. entreprise d'assurance exerçant son activité exclusivement avec des preneurs d'assurance non professionnels.

Les formes mixtes seront admises, mais devront être présentées clairement (cf. en particulier le commentaire des art. 30a et 30d).

Art. 5 Modification du plan d'exploitation

Il est justifié d'un point de vue matériel que les modifications de parties importantes du plan d'exploitation soient soumises à l'approbation de la FINMA avant leur réalisation. Ainsi, l'autorité fédérale pourra prévenir d'éventuels états de fait contraires au droit de la surveillance.

Les modifications du plan d'exploitation visées actuellement à l'al. 1 doivent être complétées conformément aux besoins mis en évidence par la pratique en matière de surveillance. En effet, lors de la nomination de personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable ainsi que lors de la planification de projets d'externalisation souvent complexes, il est dans l'intérêt de ces personnes et de l'entreprise d'assurance que la FINMA se prononce au préalable sur les modifications. Cela permettra d'éviter des erreurs dommageables et, selon les circonstances, coûteuses. C'est pourquoi la liste établie à l'al. 1 doit être complétée par les let. g (personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable) et j (externalisation) et, par conséquent, celle de l'al. 2 amputée de ces deux mêmes lettres.

À des fins d'allègement, la fiction d'approbation prévue actuellement à l'al. 2 est abandonnée, et l'obligation de communiquer les modifications à la FINMA arrêtée dans ce même alinéa est limitée aux modifications importantes. Sont concernées, entre autres, les modifications qui ont trait au champ territorial d'activité de l'entreprise d'assurance (art. 4, al. 2, let. b) et à l'agrément délivré par l'autorité de surveillance étrangère (art. 4, al. 2, let. c) ainsi que les modifications importantes de la dotation financière et de la constitution de réserves (art. 4, al. 2, let. d). Pour le reste, la FINMA

restera également compétente dans ces cas pour prendre les mesures de sûreté visées à l'art. 51 qui s'imposent.

Remarque préliminaire concernant les art. 9 à 9b

Il est certes incontestable que si l'on en fait une interprétation relativement souple, l'actuel art. 9 LSA couvre formellement les prescriptions inscrites dans l'OS lors de l'adoption du SST, mais il n'en reste pas moins que sa terminologie ne correspond plus à celle qui est en usage à l'heure actuelle. C'est pourquoi il doit être remanié et, dans le même temps, formulé de manière plus compréhensible, ce qui est fait dans les art. 9 à 9b commentés ci-après. Sur le plan matériel, les modifications proposées ne changent rien aux prescriptions actuelles relevant du SST.

Les art. 9 à 9b donnent en outre une nouvelle compétence au Conseil fédéral, celle de définir les paramètres et principes les plus importants sur lesquels devront reposer les prescriptions détaillées relatives à la solvabilité des entreprises d'assurance. Compte tenu de leur importance, il paraît en effet opportun que ces dispositions soient arrêtées par voie d'ordonnance au lieu de l'être dans des circulaires.

Art. 9 Solvabilité

Le terme «marge de solvabilité» figurant dans la LSA actuelle sera supprimé, et une nouvelle disposition, adoptée. Celle-ci disposera que la «solvabilité de l'entreprise d'assurance doit être suffisante». Par solvabilité, on entend une dotation en moyens financiers suffisante pour que l'entreprise d'assurance puisse absorber les pertes potentielles découlant d'événements défavorables sans causer de préjudice aux assurés et aux autres créanciers. Pour qu'une entreprise d'assurance remplisse cette exigence de solvabilité et soit ainsi considérée comme suffisamment solide au sens du présent projet, son capital porteur de risque (capital effectif) devra être au moins équivalent à son capital cible. Le fait que l'entreprise d'assurance remplisse l'exigence de solvabilité ne signifiera toutefois pas qu'elle ne pourra pas devenir insolvable, mais réduira cette probabilité à un niveau socialement acceptable. Éliminer entièrement le risque d'insolvabilité nécessiterait un capital très important, ce qui renchérirait énormément les couvertures d'assurance. Les créanciers, dont les assurés, seront donc toujours exposés à un risque d'insolvabilité résiduel.

Art. 9a Capital porteur de risque et capital cible

Al. 1

L'al. 1 prévoit qu'aux fins de la détermination de leur solvabilité, les entreprises d'assurance devront évaluer leurs biens (actifs) et leurs engagements (capitaux de tiers) à une valeur proche du marché. L'idée sous-tendant cette approche est d'évaluer tous les biens et les engagements à une valeur proche du marché, en sachant toutefois que lors de l'évaluation de ses propres engagements, l'entreprise d'assurance ne devra pas tenir compte de l'éventualité de sa propre défaillance, mais calculer la valeur de ses engagements en prenant pour hypothèse que ceux-ci seront tenus.

Fonder le calcul des exigences en matière de capital sur une évaluation au prix du marché est indiqué pour les raisons suivantes: l'exigence de solvabilité vise à protéger les assurés et divers autres créanciers contre l'insolvabilité de l'entreprise d'assurance. En cas d'insolvabilité, la valeur de marché des biens et des engagements est pertinente, car c'est cette valeur qui doit être transférée pour assurer la reprise des contrats par une autre entreprise d'assurance, aussi bien en cas de liquidation que d'assainissement. Or aucun tiers ne serait disposé à être indemnisé au-dessous de la valeur de marché applicable aux engagements à reprendre, ni à payer les biens transférés au-dessus de cette valeur. C'est pourquoi la question de la solvabilité doit être traitée en suivant une approche axée sur la valeur de marché. De plus, seule cette approche est à même de mettre en évidence, sur la base de la couverture en capital de l'entreprise d'assurance, combien celle-ci est éloignée de l'état d'insolvabilité. Un bilan de solvabilité qui présenterait des valeurs lissées dans le temps ou des actifs évalués à leur prix de revient, et contiendrait par conséquent des provisions et des charges latentes, ne permettrait pas de le faire.

Étant donné que pour différents biens, il n'existe pas de marché à proprement parler, il n'existe pas non plus de données permettant d'en établir directement la valeur de marché. Les immeubles en sont un bon exemple: il existe certes un marché immobilier, mais un bien immobilier donné n'y est pas régulièrement négocié. Sa valeur de marché doit donc être estimée. Il en va de même des engagements actuariels. C'est pourquoi leur valeur proche du marché doit aussi être estimée. Elle est en l'occurrence réputée correspondre à la valeur à laquelle deux acteurs de bonne volonté, libres et indépendants seraient prêts à échanger lesdits engagements. À l'heure actuelle, l'OS prévoit que le calcul de cette valeur estimative doit reposer sur deux éléments: le premier est la valeur actuelle du flux de paiement attendu pour l'engagement concerné (valeur estimative la meilleure possible) et le second, le montant minimal correspondant au prix du risque et donc de l'insécurité liés au flux de paiement attendu. L'approche fondée sur le bilan global implique en outre que tous les actifs et les engagements doivent être pris en compte, même s'ils sont gérés hors bilan du point de vue comptable. Seules font exception les positions tellement minimes qu'elles peuvent être négligées sans perte de précision.

Si on effectuait le calcul d'un point de vue économique, il serait possible non seulement de faire une évaluation proche du marché, mais également d'appliquer d'autres modèles, tels qu'une évaluation basée sur le prix de revient des actifs et un escompte accru des engagements. Cela mettrait toutefois en péril l'équivalence avec la directive Solvabilité II, car on se situerait alors nettement en deçà des exigences de cette dernière. Le cas échéant, l'UE devrait même retirer sa reconnaissance de l'équivalence, car les conditions correspondantes ne seraient plus remplies.

Al. 2

Le capital porteur de risque correspond aux fonds destinés à absorber les pertes. Le Conseil fédéral a précisé dans l'OS qu'il est égal à la somme du capital de base et du capital complémentaire (cf. art. 47 à 49 OS).

Al. 3 et 4

Le capital cible est déterminé par la quantification des risques auxquels l'entreprise d'assurance est exposée. On tient compte en l'occurrence des risques d'assurance, des risques de marché et des risques de crédit, auxquels peuvent s'ajouter d'autres catégories de risques importants si des circonstances particulières le justifient. Les variations de valeur des actifs et des capitaux de tiers doivent être considérées de manière globale (cf. art. 41 OS). Cela signifie que pour calculer le capital cible, les risques des actifs, d'un côté, et ceux des engagements, de l'autre, doivent être pris en compte dans leur globalité au lieu d'être quantifiés séparément. Cette approche tient compte du fait que tout ou partie des variations de valeur des actifs et des engagements peuvent se compenser mutuellement. Il s'ensuit que le risque global peut être considéré comme inférieur à la somme de ses parties, autrement dit que le capital nécessaire est inférieur à ce qu'il serait si chaque risque devait être couvert séparément. Prenons pour exemple les risques d'intérêt et de change: si des engagements de l'entreprise d'assurance sont libellés dans la même monnaie étrangère et ont la même date d'échéance que les actifs correspondants, les risques d'intérêt et de change peuvent être considérés comme nuls et ne doivent donc pas être pris en compte dans le calcul du capital.

Si nécessaire, le Conseil fédéral apportera encore d'autres précisions lors de la révision de l'ordonnance.

*Art. 9b**Autres prescriptions relatives à la solvabilité*

Cette disposition précise l'actuel art. 9, al. 3, LSA. Elle prévoit que lorsqu'il édictera les prescriptions relatives à la solvabilité, le Conseil fédéral devra tenir compte des principes reconnus sur le plan international et définir en particulier le niveau de protection contre les risques d'insolvabilité que l'entreprise d'assurance devra garantir à ses assurés par le biais de sa solvabilité (al. 1, let. a). En d'autres termes, il devra préciser quel est le risque résiduel acceptable de voir une entreprise d'assurance devenir insolvable alors qu'elle remplit l'exigence de solvabilité. Il incombera en outre au Conseil fédéral de définir le capital porteur de risque et le capital cible, y compris les modalités de calcul de ces éléments et les exigences auxquelles les modèles à utiliser devront satisfaire (al. 1, let. b), ainsi que les seuils de satisfaction des exigences de capital au-dessous desquels la FINMA pourra prendre les mesures prévues à l'art. 51 (al. 1, let. c). La manière dont cet article est formulé montre par ailleurs clairement que l'énumération n'est pas exhaustive.

*Art. 11**But de l'entreprise*

La modification proposée correspond à une déréglementation, en ceci que la FINMA *devra* autoriser les entreprises d'assurance à exercer d'autres activités que leur activité d'assurance, pour autant que ces autres activités ne soient pas préjudiciables aux intérêts des assurés. La suppression de l'actuelle formulation potestative soumet donc la FINMA à l'obligation d'accorder son autorisation, à moins que cela ne porte atteinte aux intérêts des assurés. Le but principal de l'entreprise d'assurance devra cependant toujours être l'activité d'assurance. Si elle refuse d'accorder son autorisation, la FINMA devra documenter et motiver sa décision. Enfin, demeurera réservé, lors de l'évaluation des demandes des entreprises d'assurance, l'accord du 10 octobre 1989

Al. 1, let. c et e

La modification de ces dispositions répond à la nécessité de les harmoniser avec l'art. 9, également modifié.

Art. 15a Groupement d'assureurs dénommé Lloyd's

Le Lloyd's ou Lloyd's of London est une entité juridique relevant du droit britannique et reposant sur plusieurs lois spéciales (*Lloyd's Acts*, etc.). Appelé aussi *Society of Lloyd's* ou *Corporation of Lloyd's*, ce groupement d'assureurs a une succursale en Suisse, inscrite au registre du commerce de Zurich. Cette entité juridique n'exerce pas elle-même une activité d'assurance. En tant que groupement, elle est compétente en matière de soutien, d'infrastructure ou de surveillance des activités de chacun de ses membres, et c'est pourquoi est généralement désignée comme étant un marché d'assurance. L'activité d'assurance proprement dite est exercée par les différents membres du Lloyd's (appelés les *names*), qui se regroupent en syndicats pour chaque assurance. Les syndicats peuvent réunir quelques membres à peine ou, au contraire, un grand nombre d'entre eux et sont dirigés par des gestionnaires (*managing agents*), qui peuvent prendre des engagements au nom de chaque membre. Les assureurs sont alors désignés comme «*Lloyd's underwriters, London (subscribing to Policy No. XXX)*» ou comme «*the association of underwriters known as Lloyd's*». Chaque membre d'un syndicat répond sur une fortune constituée à cet effet de sa part du risque global assuré par le syndicat; il n'y a pas de responsabilité solidaire entre les membres d'un syndicat.

En tant qu'entité juridique relevant du droit britannique, le Lloyd's ou Lloyd's of London a la jouissance des droits civils et la capacité d'être partie. Par contre, «*Lloyd's underwriters, London (subscribing to Policy No. XXX)*» ou «*the association of underwriters known as Lloyd's*» en tant que tels ne jouissent pas des droits civils, pas même selon le droit britannique, et n'ont donc pas la capacité d'être parties. Du point de vue du droit suisse, il apparaît que chaque syndicat formé pour un contrat d'assurance spécifique est une société simple des *names*, si bien que seuls ces derniers ont la capacité d'être parties et d'ester en justice. Ainsi, comme les «*Lloyd's underwriters, London (subscribing to Policy No. XXX)*» ou «*the association of underwriters known as Lloyd's*» n'ont pas la capacité d'être parties et d'ester en justice, il n'y a pas lieu d'entrer en matière lorsqu'une action en justice est ouverte par eux ou contre eux, à moins que, pour remédier à cette situation, l'ensemble des membres de la police d'assurance concernée n'agissent en qualité de demandeurs ou de défendeurs.

Afin de lever ces ambiguïtés et de garantir la sécurité du droit nécessaire aux éventuelles procédures civiles et procédures de surveillance, il est proposé d'inscrire dans la LSA une réglementation spéciale s'appliquant au Lloyd's en tant que marché de l'assurance unique en son genre. Cette réglementation spéciale s'appuie sur le droit en vigueur dans l'UE, où chaque État semble disposer de règles spéciales similaires en matière de surveillance des entreprises.

De plus, inscrire dans la LSA ces dispositions spéciales relatives au Lloyd's en tant que marché de l'assurance unique en son genre indiquera clairement que les art. 57 à 59 (mesures conservatoires supplémentaires applicables aux entreprises d'assurance étrangères) valent aussi pour le Lloyd's.

Art. 17

Fortune liée

Al. 2

Selon l'actuel art. 17, al. 2, une entreprise d'assurance suisse est tenue de garantir par une fortune liée les portefeuilles d'assurance étrangers pour lesquels elle n'a pas l'obligation de constituer des sûretés équivalentes à l'étranger. Cette règle désavantage les entreprises d'assurance suisses opérant à l'étranger par rapport à leurs concurrentes locales, qui ne sont assujetties qu'au régime de protection du pays concerné et sont donc généralement (suivant le pays) plus libres dans leur politique de placement.

Le projet prévoit une déréglementation consistant à ne pas soumettre à l'obligation de garantir par une fortune liée les portefeuilles d'assurance étrangers de succursales établies à l'étranger par des entreprises d'assurance suisses, ni ceux qui leur sont attribués dans le cadre de la procédure de surveillance. Ces entreprises d'assurance suisses seront ainsi mises sur un pied d'égalité avec leurs concurrentes étrangères, car elles ne seront elles aussi assujetties qu'au régime de protection local.

Cette déréglementation ne s'appliquera toutefois pas aux entreprises d'assurance suisses qui proposent des assurances à l'étranger sans y avoir de succursale, autrement dit qui exercent une activité transfrontalière, dans la mesure où la législation du pays concerné le permet. Il faut en effet partir du principe que dans ce cas, la sécurité supplémentaire qu'offre la garantie par une fortune liée en Suisse joue un rôle déterminant dans la décision des preneurs d'assurance étrangers de conclure le contrat d'assurance.

La modification proposée à l'art. 17, al. 2, rendra en outre inutile le très difficile et coûteux examen de l'équivalence du régime de surveillance étranger, car il ne sera plus nécessaire de distinguer entre les législations étrangères équivalentes et celles qui ne le sont pas.

En cas de défaillance de portefeuilles d'assurance étrangers d'une entreprise d'assurance suisse, il sera toujours possible de faire valoir les prétentions qui en découlent dans la procédure de faillite suisse de l'entreprise concernée. Le projet ne prévoit pas d'intercaler, dans des cas déterminés, un substrat spécial de fortune liée suisse entre, d'un côté, le régime de protection étranger et, de l'autre, l'annonce et la liquidation de la perte résiduelle dans la procédure de faillite suisse. Outre qu'il en résultera une situation juridique beaucoup plus claire, cela permettra d'éviter de difficiles évaluations ainsi que d'éventuelles frictions, ce qui facilitera la coordination en cas d'assainissement ou de faillite.

Il va par ailleurs de soi que les contrats d'entreprises d'assurance suisses conclus en Suisse avec des preneurs d'assurance étrangers et gérés en Suisse ne seront pas concernés par cette modification. Ces contrats resteront régis par l'art. 17, al. 1.

Ne seront pas non plus concernés les contrats que des filiales étrangères d'entreprises d'assurance suisses concluent à l'étranger avec des preneurs d'assurance étrangers. Ces contrats ne tomberont toutefois pas sous le coup de la règle générale de l'art. 17, al. 1, car ils sont soumis au droit de l'État concerné.

Art. 20 Prescriptions relatives à la fortune liée

Se fondant sur l'art. 20 LSA, le Conseil fédéral prescrit actuellement en détail dans les art. 70 ss OS (cf. en particulier les art. 79 et 83 OS) quels biens peuvent être affectés à la fortune liée. Le projet propose que le Conseil fédéral n'édicte plus à l'avenir de prescriptions de placement détaillées et règle la constitution de la fortune liée en s'appuyant sur le principe de prudence (*prudent person principle*).

Le principe de prudence régit les exigences à remplir en matière de placement de la fortune liée, ainsi que la gestion correspondante des risques. En application de ce principe, les entreprises d'assurance ne doivent investir leur fortune liée que dans des placements dont elles comprennent parfaitement la nature et les risques, de manière à pouvoir réagir adéquatement, à tout moment, à d'éventuels événements inattendus.

S'appuyant sur la directive Solvabilité II, cette modification permettra aux entreprises d'assurance de placer leur fortune liée avec davantage de flexibilité.

Art. 21, al. 3 Participations

Cette modification vise à harmoniser la formulation de l'al. 3 avec celle de l'al. 2. Elle correspond à la réglementation de la directive Solvabilité II (et des directives précédentes). L'art. 21 s'inspire de cette réglementation.

Art. 24, al. 1, 3^{bis} et 4 Tâches

Cette disposition doit être adaptée aux pratiques en vigueur, notamment en ce qui concerne les responsabilités au sein des entreprises, car sa formulation actuelle n'en rend plus compte de manière appropriée.

Al. 1

Étant donné que la solvabilité ne sera plus déterminée d'après le volume des affaires (directive Solvabilité I), la formulation actuelle se référant à la «marge de solvabilité» n'est plus adéquate. C'est pourquoi il est proposé d'adopter, comme dans les art. 9 à 9b, le terme de solvabilité (let. a, ch. 2). Cela aura pour effet de clarifier qu'il s'agit de solvabilité au sens du SST. Les responsabilités de l'actuaire responsable porteront essentiellement sur les éléments actuariels du SST, tandis que la responsabilité globale du rapport SST incombera clairement à la direction de l'entreprise, conformément à l'art. 53 OS. Dans le rapport annuel, l'actuaire responsable présentera en particulier les développements actuariels mettant en danger la situation financière de l'entreprise. Il devra toutefois non seulement estimer les risques actuariels, mais également procéder à une appréciation de la situation pour l'ensemble des risques. Cela comporte aussi, en particulier, les risques financiers liés aux placements. Si des parties de cette fonction sont assumées par d'autres responsables, par exemple par un *Chief Risk Officer*, l'actuaire responsable devra se renseigner auprès de ces personnes au sujet des risques et intégrer les renseignements obtenus dans son rapport. Avec la nouvelle formulation de la let. a, le contenu de l'actuelle let. b sera transféré à la let. a, et la let. b aura un nouveau contenu.

À la let. a, il s'agira non plus, comme aujourd'hui, de «constituer» mais de «calculer» des provisions techniques suffisantes. L'actuaire responsable devra être à même et

sera tenu de livrer à la direction ni plus ni moins que le calcul des provisions suffisantes. Il devra en outre informer cette dernière des éventuelles insuffisances affectant la constitution des provisions et en rendre compte dans son rapport.

Le calcul des provisions techniques suffisantes devra se fonder sur les données des portefeuilles de placement sous-jacents, à charge pour l'actuaire responsable de collecter régulièrement les informations nécessaires auprès des spécialistes des autres divisions de l'entreprise et de soumettre ces informations à un examen de plausibilité. Si des doutes subsistent quant à leur exactitude matérielle, il devra demander des précisions ou consulter d'autres sources internes de l'entreprise.

La nouvelle let. b prévoit en outre que l'actuaire responsable devra vérifier si le débit de la fortune liée est conforme aux prescriptions du droit prudentiel. On parle ici uniquement de «vérifier», car en dernière analyse l'actuaire responsable n'a pas pour compétence d'assurer le respect des dispositions du droit prudentiel. Cette responsabilité incombe au conseil d'administration, à ses éventuels comités et à la direction de l'entreprise d'assurance.

Al. 3^{bis}

Pour que l'actuaire responsable puisse exercer pleinement ses responsabilités, le projet prévoit qu'il devra avoir un accès direct au conseil d'administration. Cela lui permettra, en cas de constat d'insuffisances, de réagir de manière appropriée et de s'adresser immédiatement à l'organe décisionnel suprême de l'entreprise. Les modalités d'accès seront fixées par les entreprises. Sont envisageables par exemple la possibilité d'avoir des entretiens informels ou celle d'inscrire un point à l'ordre du jour de la prochaine séance du conseil d'administration ou du comité compétent.

Art. 25, al. 3, 5 et 6 Rapport de gestion et rapport d'activité

L'actuel art. 25, al. 3, LSA ne prévoit pas le même délai de remise des rapports annuels pour les assureurs directs (30 avril) et les réassureurs (30 juin).

Cette différence reposait à l'origine sur la supposition, désormais obsolète, que les réassureurs ne bouclaient leurs comptes qu'après les assureurs directs. Il n'existe plus aujourd'hui de raison valable de la maintenir, d'autant moins qu'en vertu du chiffre marginal 106 de la circulaire 2016/2 «Publication – assureurs (*public disclosure*)» de la FINMA, le délai de publication du 30 avril vaut aussi pour les réassureurs, ce qui signifie que les données doivent être disponibles à cette date.

L'actuel art. 25, al. 5, renvoie à l'art. 48, pourtant abrogé précédemment. La modification proposée supprime ce renvoi caduc. Avec l'obligation de publication, il y aura à l'avenir un chevauchement entre les données publiées par les entreprises d'assurance et celles que la FINMA doit publier. De plus, étant donné que les entreprises d'assurance publient des chiffres audités, il existe un certain risque d'incohérence des données.

La flexibilité garantie par la nouvelle formulation de l'al. 5 permettra de coordonner la publication par la FINMA avec celle à laquelle les entreprises d'assurance sont astreintes. La FINMA pourra en outre continuer à publier des données relatives aux rapports annuels, au marché de l'assurance et à la transparence, en tenant compte notamment du besoin d'information des assurés et du public.

vent par exemple continuer à bénéficier de la constitution d'une fortune liée par l'entreprise d'assurance en garantie des risques assurés. D'autre part, comme le précise l'al. 4, les institutions de prévoyance et celles qui servent à la prévoyance professionnelle ne doivent pas pouvoir profiter de l'allègement dispensant de constituer une fortune liée si elles assurent tous les risques en matière de prévoyance professionnelle. Qualifier ces institutions de preneurs d'assurance professionnels serait aller à l'encontre du système.

Par ailleurs, dans le cas de la LCA, il s'agit également d'appliquer de manière ciblée les prescriptions de protection relevant du droit des contrats d'assurance, alors que dans la LSA, le but est de garantir la protection des assurés contre le risque d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus. L'idée n'est certes pas de dispenser de toute surveillance les entreprises d'assurance qui exercent leur activité avec des contreparties professionnelles, mais de leur accorder des allègements spécifiques. Le modèle proposé part du principe que dans les contrats conclus avec des contreparties professionnelles, nombre d'éléments requièrent un niveau de protection prudentielle moins élevé que dans les contrats grand public passés avec des consommateurs ou des clients commerciaux. L'expérience montre en effet que certaines contreparties professionnelles sont tout à fait capables de se protéger efficacement par elles-mêmes sur le marché de l'assurance.

Si, d'un côté, une certaine harmonisation entre la LCA et la LSA est souhaitable – et c'est ce que vise l'art. 30a, al. 2 –, de l'autre, il est justifié de prévoir dans la LSA une réglementation plus spécifique que dans la LCA, d'autant plus qu'il est question, dans le champ d'application de la LSA, du fait qu'une contrepartie professionnelle doit être à même, sur la base de ses connaissances, d'évaluer l'entreprise d'assurance du point de vue des risques (risques de crédit, etc.). C'est pourquoi la contrepartie professionnelle doit disposer d'une gestion des risques professionnelle. Dans la LCA, qui règle les relations contractuelles entre les parties, ce point de vue des risques n'est pas aussi fondamental que dans la LSA. Il peut se limiter principalement aux risques opérationnels et en particulier aux risques juridiques.

Le projet de révision partielle de la LCA est en cours d'examen par le Parlement. Comme il semble indiqué d'harmoniser certains éléments de la définition de preneur d'assurance professionnel dans la LCA et la LSA, il y aura lieu d'être attentif à cette nécessité dans la suite des travaux concernant ces deux lois.

L'essentiel est que les exigences de protection ne soient réduites que pour les affaires conclues avec des contreparties professionnelles, ce qui est clairement précisé à l'al. 3. Les autres affaires resteront soumises aux prescriptions les plus strictes. On appliquera également le principe selon lequel le cadre institutionnel devra être défini par l'activité assortie du plus haut niveau de protection (affaires conclues avec des contreparties non professionnelles), par exemple en ce qui concerne les instruments de surveillance généraux.

L'al. 4 précise en outre que les dérogations prévues à l'al. 1 ne s'appliqueront pas lorsqu'il pourra résulter de contrats d'assurance conclus avec des preneurs d'assurance professionnels des prétentions fondées sur des assurances obligatoires en faveur de personnes non professionnelles. Sont visées par cette disposition notamment les prétentions légales ou contractuelles résultant de contrats collectifs ou d'assurance-

de médiation ne s'appliqueront donc pas aux entreprises d'assurance qui exercent une activité d'assurance directe ou de réassurance interne au groupe. L'abaissement de l'intensité de la réglementation et de la surveillance devra aussi profiter aux captives d'assurance directe internes au groupe, pour autant que ces dernières n'exercent que cette activité. Il en va de même pour les captives de réassurance internes au groupe.

La définition de captive donnée à l'al. 2 s'appuie sur l'art. 13, ch. 2 et 5, de la directive Solvabilité II de l'UE. Il est cependant un point sur lequel elle est plus large que la définition de l'UE. Celle-ci exige en effet que seuls les risques du groupe soient assurés, alors que le présent projet laisse ouverte la possibilité d'assurer également, dans une moindre mesure, des risques de tiers. Toutefois, si elle assure aussi des risques de tiers, la captive d'assurance ne bénéficiera pas des allègements prévus dans la même mesure qu'une captive «pure».

L'al. 3 s'inspire des dispositions analogues des art. 30a et 35. Une captive aura donc le droit d'exercer une activité pour le compte de tiers, mais du fait de l'application a contrario du nouvel art. 30d, elle sera tenue, en relation avec l'exercice de cette activité, de remplir les mêmes conditions que n'importe quel assureur direct ou réassureur ordinaires. En d'autres termes, elle devra répondre à toutes les exigences prudentielles imposées aux assureurs directs exerçant leur activité avec des preneurs d'assurance non professionnels, tout en pouvant aussi, si son activité pour le compte de tiers relève du marché de gros, bénéficier des allègements prévus à l'art. 30a. Ainsi, si l'ayant droit désigné dans le contrat d'assurance est un tiers non professionnel (p. ex. un assuré par contrat collectif ou un lésé dans un sinistre responsabilité civile), il devra bénéficier de la même protection que n'importe quel preneur d'assurance non professionnel. Les captives auront donc certes le droit d'exercer une activité d'assurance impliquant d'avoir affaire à des ayants droit non professionnels, mais elles seront pas conséquent pleinement soumises au régime de la LSA pour cette activité. Chaque captive sera libre de décider, eu égard à cette conséquence, si elle entend ou non exercer une activité pour le compte de tiers. Quel que soit le choix de l'entreprise, la réglementation applicable sera conforme au régime de surveillance de l'UE.

Par analogie avec l'art. 30a, al. 4, l'al. 4 précise en outre que les dérogations prévues à l'al. 1 ne s'appliqueront pas lorsqu'il pourra résulter de contrats d'assurance conclus avec des preneurs d'assurance professionnels des prétentions fondées sur des assurances obligatoires en faveur de personnes non professionnelles.

Art. 35 Réassurance

Les entreprises d'assurance qui exercent exclusivement une activité de réassurance bénéficient actuellement du régime de surveillance le plus libéral prévu par le droit en vigueur. Or le nouvel art. 30a applicable aux entreprises d'assurance concluant des contrats exclusivement avec des preneurs d'assurance professionnels permettra à ces dernières de bénéficier d'allègements encore plus importants. Avec la modification de l'art. 35, al. 1, et la nouvelle formulation de l'al. 2, ces allègements, par analogie avec ceux qui sont prévus à l'art. 30a, seront également accordés aux réassureurs, ce qui paraît approprié. Les dispositions des art. 82 et 83 relatives au système de médiation ne s'appliqueront donc pas aux entreprises d'assurance qui exercent exclusivement une activité de réassurance.

Al. 1 et 2

La formulation «entreprises d'assurance qui exercent exclusivement une activité de réassurance» est choisie à dessein. D'une part, les réassureurs jouissent du régime de surveillance le plus libéral et, d'autre part, l'adverbe «exclusivement» indique clairement que les dispositions dérogatoires ne s'appliqueront que si l'entreprise d'assurance pratique uniquement la réassurance.

Il est prévu d'ajouter à la liste des dérogations l'art. 10 concernant le fonds d'organisation. Ce genre de fonds ne sera donc plus exigé des réassureurs.

Il convient en outre de souligner que malgré ces dérogations, toute infraction au droit de la surveillance et toute mise en danger des intérêts des assurés continueront à relever des tâches de la FINMA définies à l'art. 46 et pourront faire l'objet des mesures prévues aux art. 51 ss ainsi que dans la LFINMA.

Le projet prévoit par contre de supprimer l'art. 15, hormis son al. 1, let. d, de la liste des dérogations, ce qui signifie que cet article, exception faite précisément de l'al. 1, let. d, sera pleinement applicable aux réassureurs. Il va toutefois de soi que cette applicabilité ne sera donnée que s'il s'agit effectivement d'une succursale d'une entreprise de réassurance étrangère. Si l'entreprise de réassurance concernée est suisse, l'art. 15 ne s'appliquera pas. Enfin, la liste des dérogations de l'al. 1 est complétée par l'art. 52e, al. 1.

Le nouvel al. 2 entérine ce qui est aujourd'hui déjà pratique courante: les assureurs mixtes ne seront pas tenus de constituer une fortune liée pour garantir la partie de leur activité relevant de la réassurance.

Enfin, il est clairement établi que les captives de réassurance appartiennent à la catégorie des entreprises d'assurance qui exercent exclusivement une activité de réassurance.

Section 7 Assurances sur la vie qualifiées

Art. 39a Définition

Par assurances sur la vie qualifiées, il faut entendre, conformément à la volonté du législateur exprimée dans la LSFIn, les produits d'assurance qui présentent les caractéristiques de produits de placement et doivent par conséquent être soumis aux dispositions régissant la protection des investisseurs. Il s'agit ainsi de mettre ces produits sur un pied d'égalité avec les produits de placement ne relevant pas du domaine des assurances couverts par la LSFIn, ce qui correspond au demeurant à la norme internationale habituellement suivie pour garantir l'intégrité des places financières.

Le critère déterminant pour soumettre les produits d'assurance aux présentes dispositions de protection sera le risque de placement. Il s'agira en l'occurrence d'examiner pour chaque produit si le preneur d'assurance supporte un risque de placement. Si c'est le cas, les obligations d'information et la vérification du caractère approprié du produit se justifieront. En même temps, il y a lieu de préciser que les produits assortis d'une participation aux excédents dans lesquels cette participation est la seule composante susceptible de présenter les caractéristiques d'un placement ne seront pas considérés comme des assurances sur la vie qualifiées. La caractéristique principale de

Al. 4

S'appuyant sur l'art. 58, al. 3, LSFfin, cette disposition autorise expressément l'entreprise d'assurance à déléguer l'établissement de la feuille d'information de base à un tiers qualifié.

Art. 39c *Contenu de la feuille d'information de base*

Al. 1 et 2

En ce qui concerne le contenu de la feuille d'information de base, il est prévu que celle-ci renseigne notamment sur le nom exact, le genre et les caractéristiques de l'assurance sur la vie concernée, sur l'identité de l'assureur, sur le profil de risque et de rendement du produit ainsi que sur les coûts uniques et les coûts récurrents à la charge de l'assuré (cf. à ce sujet l'art. 60 LSFfin). Le Conseil fédéral édictera des dispositions d'exécution dans l'ordonnance.

Conformément au but de la feuille d'information de base, le projet prévoit également que celle-ci, à la différence par exemple du prospectus émis lors d'une offre au public de valeurs mobilières, devra permettre de comparer entre eux divers produits de placement similaires. C'est pourquoi le Conseil fédéral devra avoir la possibilité d'édicter au niveau de l'ordonnance, sous la forme d'une grille de comparaison, des prescriptions aussi uniformes que possible régissant la saisie des principales informations sur le produit.

Al. 3

Cette disposition vise à réglementer les cas dans lesquels le produit de placement inclus dans l'assurance sur la vie qualifiée sera un instrument financier au sens de la LSFfin. Il y aura alors lieu soit de reprendre dans la feuille d'information de base prévue par la LSA les indications relatives à l'instrument financier telles qu'elles sont prescrites dans la LSFfin et dans l'OSFin, soit de renvoyer à l'éventuelle feuille d'information de base déjà établie conformément à la LSFfin.

Art. 39d *Dispositions complémentaires*

Comme dans la LSFfin, il est prévu que le Conseil fédéral édicte, au niveau de l'ordonnance, des dispositions complémentaires relatives à la conception détaillée de la feuille d'information de base.

Art. 39e *Obligations d'information lors de la recommandation
d'assurances sur la vie qualifiées*

Cette disposition s'inspire de la disposition analogue de la LSFfin régissant les obligations générales d'information lors de la recommandation d'instruments financiers (art. 8, al. 1, LSFfin). Lorsqu'ils recommanderont une assurance sur la vie qualifiée, les intermédiaires d'assurance devront informer en particulier sur les frais de conclusion, d'encaissement et d'administration (prime de frais).

Art. 39f *Publicité*

Cette disposition reprend les règles générales applicables aux prestataires de services financiers arrêtées à l'art. 68 LSFIn.

Art. 39g *Vérification du caractère approprié d'une assurance sur la vie qualifiée*

Ces dispositions s'appuient sur celles qui régissent le caractère approprié et l'adéquation des services financiers (art. 10 à 14 LSFIn). Comme dans la LSFIn, il s'agit d'obligations qui ont déjà cours aujourd'hui, dans la mesure où elles relèvent des droits et des obligations réciproques d'ordre général que les parties à un contrat de services ont le devoir de respecter en application du principe de la bonne foi. Leur précision vise en l'occurrence à renforcer la sécurité juridique, ce qui est dans l'intérêt de tous. Par analogie avec la LSFIn, l'al. 4 prévoit qu'il ne sera pas nécessaire de vérifier le caractère approprié d'une assurance sur la vie qualifiée lorsque celle-ci sera conclue à l'initiative du preneur d'assurance, sans conseil personnel préalable (*execution only transaction*).

Art. 39h *Documentation et comptes rendus en relation avec une assurance sur la vie qualifiée*

Les règles fixées dans cet article découlent aussi des principes généralement reconnus du droit des contrats, tels qu'ils sont précisés dans la LSFIn (art. 15 et 16 LSFIn). Il paraît évident que la relation avec le client doit être documentée, d'autant plus que les moyens électroniques actuels permettent de le faire simplement et efficacement. Une documentation soignée pourra en outre être utile à l'entreprise d'assurance en cas de litige avec un preneur d'assurance, notamment lorsqu'il s'agira d'apporter des éléments de preuve. L'obligation de documenter et celle de rendre compte des services fournis font aujourd'hui figure de norme généralement reconnue.

Art. 39i *Prévention des conflits d'intérêts en relation avec une assurance sur la vie qualifiée*

Lors de la fourniture de services en relation avec des assurances sur la vie qualifiées, les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance devront autant que possible éviter les conflits d'intérêts. Ils devront donc non seulement veiller à ce que leurs propres intérêts et ceux de leurs collaborateurs ne s'opposent pas aux intérêts des clients, mais également s'assurer que les intérêts des clients n'entrent pas en conflit entre eux. Pour prévenir les conflits d'intérêts, tant les entreprises que les intermédiaires d'assurance devront commencer par faire le nécessaire pour les identifier. Il leur incombera en particulier de vérifier s'il existe pour eux-mêmes ou pour leurs collaborateurs des incitations à négliger les intérêts des preneurs d'assurance ou à les faire passer après leurs propres intérêts.

En présence d'un conflit d'intérêts, l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance devra si possible l'éliminer par les mesures qui s'imposent. S'il ne peut pas être éliminé, le conflit d'intérêts devra être porté à la connaissance du preneur d'assurance avant la conclusion du contrat d'assurance, de manière à ce que l'intéressé

puisse décider de conclure ou non le contrat en toute connaissance de cause. On ne pourra pas renoncer inconsidérément à éliminer un conflit d'intérêts. Les dispositions spéciales de l'art. 45a s'appliqueront à la perception de rémunérations.

Art. 40 Définition

Le droit prudentiel distingue les intermédiaires d'assurance non liés et les intermédiaires d'assurance liés. La législation en vigueur définit les premiers à l'art. 43, al. 1, LSA (enregistrement) et fixe les critères qualifiant les seconds à l'art. 183 OS (obligation d'enregistrement).

S'il n'y a pas lieu de modifier le droit en vigueur sur le plan matériel, les dispositions de la LSA doivent être remaniées d'un point de vue formel. Le projet prévoit donc de définir les termes d'intermédiaire d'assurance non lié et d'intermédiaire d'assurance lié aux nouveaux al. 2 et 3 de l'art. 40. L'al. 2 souligne expressément que les intermédiaires d'assurance non liés entretiennent des rapports de loyauté avec les preneurs d'assurance et agissent dans l'intérêt de ces derniers, et l'al. 3 dispose que tous les autres intermédiaires d'assurance sont réputés être liés. Sont surtout visés par cet alinéa les intermédiaires d'assurance qui entretiennent des rapports de loyauté avec une entreprise d'assurance, en qualité d'employés ou d'agents de cette dernière. Quant à savoir, dans un cas d'espèce, quelles activités relèveront de l'intermédiation d'assurance au sens de l'al. 1, et quelles activités auxiliaires ne tomberont pas sous le coup de cette définition, cela continuera à dépendre des circonstances particulières du cas d'espèce.

Art. 41 Activités prohibées

L'interdiction prévue à l'actuel art. 41 (nouveau: al. 1, let. a), selon laquelle un intermédiaire d'assurance ne peut pas exercer son activité en faveur d'entreprises d'assurance qui sont certes soumises à la LSA, mais ne sont pas autorisées à exercer une activité d'assurance, s'appliquera par analogie aux entreprises d'assurance à l'égard des intermédiaires. L'al. 2 prévoit en effet expressément, en vertu de l'obligation de garantir à tout moment une activité irréprochable, qu'il sera interdit aux entreprises d'assurance de collaborer avec des intermédiaires d'assurance qui sont soumis à la LSA, mais ne sont pas enregistrés conformément à cette dernière. Dans le même temps, l'al. 1, let. a, est modifié de manière à ce qu'il soit interdit d'exercer une activité en faveur d'entreprises d'assurance qui ne disposent pas de l'agrément requis en vertu de la LSA. Enfin, dans l'intérêt de la protection des preneurs d'assurance, l'al. 1, let. b, dispose expressément que les intermédiaires d'assurance n'auront pas le droit d'exercer leur activité à la fois en qualité d'intermédiaire d'assurance lié et en qualité d'intermédiaire d'assurance non lié.

Art. 42 Obligation et conditions d'enregistrement

Selon le droit en vigueur, les intermédiaires d'assurance non liés doivent s'inscrire dans un registre central géré par la FINMA. Les intermédiaires d'assurance liés ne sont quant à eux pas tenus de s'inscrire à ce registre, mais ont le droit de le faire (art. 43, al. 2). L'inscription au registre est soumise à certaines conditions d'ordre per-

sonnel, professionnel et financier (art. 44), la FINMA étant chargée de contrôler régulièrement que ces conditions sont remplies et que les obligations d'informer des intermédiaires d'assurance prévues à l'art. 45 sont respectées. Du fait de leur enregistrement, les intermédiaires d'assurance non liés, de même que les intermédiaires d'assurance liés qui se sont enregistrés volontairement, tombent sous le coup de l'art. 3 LFINMA et sont alors assujettis à la surveillance.

Du fait de la modification de la loi, le contenu de l'actuel art. 42 sera transféré au nouvel art. 42a et complété. L'art. 42 réglementera quant à lui explicitement l'obligation d'enregistrement des intermédiaires d'assurance non liés, ainsi que les conditions d'enregistrement. Les intermédiaires d'assurance liés ne pourront plus s'inscrire au registre, sauf s'ils apportent la preuve qu'ils entendent exercer à l'étranger une activité pour laquelle l'État concerné exige leur inscription au registre en Suisse (cf. commentaire de l'art. 42a ci-après).

Ce changement par rapport au droit en vigueur reflète de manière cohérente la répartition des sphères d'intérêts qui résulte de l'art. 40, avec une séparation claire entre intermédiaires non liés et intermédiaires liés. Rappelons que, selon cet article, les intermédiaires d'assurance non liés entretiennent des rapports de loyauté avec les assurés et agissent dans l'intérêt de ces derniers. Vu cette définition, il est justifié, aux fins d'une protection efficace des consommateurs, que la FINMA puisse exercer la surveillance nécessaire de manière ciblée. En relation avec cette modification de la loi, la FINMA a d'ailleurs clairement indiqué qu'elle affectera davantage de personnel à la surveillance des intermédiaires d'assurance non liés, afin de pouvoir répondre effectivement aux attentes liées à son activité envers les assurés.

Les autres intermédiaires d'assurance entretiennent des rapports de loyauté déclarés et reconnaissables avec leur employeur, qui est dans la plupart des cas une entreprise d'assurance. Ces intermédiaires liés, la FINMA peut les surveiller indirectement, mais efficacement, au travers des entreprises d'assurance. Il n'est donc pas nécessaire qu'ils s'inscrivent au registre.

Al. 1

Cette disposition reprend l'obligation prévue actuellement à l'art. 43 quant à l'inscription des intermédiaires d'assurance non liés au registre de la FINMA. Elle indique en outre clairement que l'inscription au registre est une condition de l'exercice de l'activité d'intermédiaire d'assurance non lié. La FINMA pourra ainsi contrôler que chaque acteur remplit les conditions d'enregistrement avant même qu'il n'entre sur le marché et, si ce n'est pas le cas, agir en conséquence.

Al. 2

L'al. 2 énumère les conditions d'enregistrement, en précisant qu'il incombera à l'intermédiaire d'assurance non lié d'apporter la preuve qu'il les remplit. L'alinéa reprend le contenu de l'actuel art. 44 (connaissances techniques à la let. c et assurance-responsabilité civile professionnelle à la let. d), qui sera par conséquent abrogé. L'intermédiaire d'assurance non lié devra en outre jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties de respect des obligations découlant de la LSA (let. b), ce qui est conforme à la norme actuelle en matière d'autorisation d'exercer une activité sur les

marchés financiers (cf. à ce sujet notamment l'art. 11 LEFin). Eu égard aux importantes ressources qui seront nécessaires pour assurer le respect de la norme relative à la garantie d'une activité irréprochable définie à l'art. 14 pour les entreprises d'assurance, il est prévu que la surveillance des intermédiaires non liés se limite à la garantie de «respect des obligations découlant de la présente loi».

La let. a exige en outre des intermédiaires d'assurance non liés qu'ils aient leur siège, leur domicile ou une succursale en Suisse. Cette condition est indispensable si l'on veut que la FINMA exerce une surveillance efficace et puisse effectivement se servir des instruments dont elle dispose à cet effet. Enfin, les intermédiaires d'assurance non liés devront apporter la preuve qu'ils sont eux-mêmes affiliés à un organe de médiation, cette institution faisant son entrée dans la LSA à la faveur de la présente révision (let. e).

Al. 3

Cet alinéa définit les motifs d'exclusion de l'inscription au registre. Ainsi, ne seront pas inscrits les intermédiaires d'assurance non liés dont l'extrait du casier judiciaire montre qu'ils ont fait l'objet d'une condamnation pénale pour avoir enfreint intentionnellement des prescriptions prudentielles de la LSA ou qu'ils sont inscrits au casier judiciaire pour l'une des infractions contre le patrimoine prévues dans le code pénal (let. a). De plus, aucune interdiction de pratiquer ni interdiction d'exercer selon la LFINMA ne devra avoir été prononcée contre eux (let. b).

Al. 4

Conformément à ce qui est prévu dans le droit en vigueur, le Conseil fédéral définira les exigences relatives à l'assurance-responsabilité civile professionnelle et fixera le montant minimal des garanties financières. Il pourra également charger la FINMA de déterminer les modalités techniques.

Art. 42a

Registre

Il incombera toujours à la FINMA de tenir un registre des intermédiaires d'assurance non liés directement assujettis à sa surveillance. Le complément restrictif «non liés» apporté à l'al. 1 indique clairement, a contrario, que les intermédiaires d'assurance liés ne pourront plus s'inscrire au registre, pas même sur une base volontaire. La FINMA pourra néanmoins enregistrer des intermédiaires d'assurance n'ayant aucune obligation de le faire, si ces derniers apportent la preuve qu'ils entendent exercer à l'étranger une activité pour laquelle l'État concerné exige leur inscription au registre en Suisse. Dans la pratique, il pourra s'agir d'intermédiaires d'assurance opérant ou souhaitant opérer dans la Principauté de Liechtenstein (al. 4).

La branche est par ailleurs libre de tenir son propre registre de l'ensemble des intermédiaires d'assurance ou d'en développer un qui existe déjà (p. ex. Cicero). C'est pourquoi l'al. 3 autorise la FINMA à communiquer à des tiers les indications figurant dans son registre ou à en permettre la consultation en ligne, de manière à ce qu'il soit par exemple possible de créer des interfaces permettant d'accéder aux données du registre.

Art. 43 Exigences

Al. 1

Le contenu du nouvel art. 43 est identique à celui de l'art. 6 LSFIn. L'exigence consistant à disposer des capacités et des connaissances nécessaires s'appliquera à tous les intermédiaires d'assurance, peu importe que ceux-ci soient liés ou non. Pour les intermédiaires non liés, la satisfaction de cette exigence sera en outre l'une des conditions de l'inscription au registre, conformément aux art. 42 et 42a. Préciser ainsi que tous les intermédiaires d'assurance devront disposer des capacités et des connaissances nécessaires à l'exercice de leur activité signifie qu'il sera exclu, en ce qui concerne cette exigence, de revenir à la situation actuelle, telle qu'elle est définie dans l'OS.

Al. 2

Conformément à ce qui est prévu dans le droit en vigueur, il incombera au Conseil fédéral de déterminer les exigences professionnelles, personnelles et organisationnelles à remplir. Il l'a certes déjà fait dans l'OS, mais il adaptera si nécessaire chacune de ces exigences de manière appropriée, compte tenu de l'évolution des besoins. Il ne devra en aucun cas les ramener à un niveau inférieur à celui qui prévaut aujourd'hui.

Art. 44 Conditions d'enregistrement

Cet article sera abrogé, car son contenu est repris quasiment à l'identique dans le nouvel art. 42, qui régit l'obligation et les conditions d'enregistrement des intermédiaires d'assurance non liés.

Art. 45 Obligation d'information

Les intermédiaires d'assurance devront informer les preneurs d'assurance notamment sur leur propre personne, sur la protection des données et sur la possibilité d'engager une procédure de conciliation devant un organe de médiation. Ces informations sont importantes en particulier durant la phase de préparation du contrat. Elles devront être formulées de manière aussi simple et compréhensible que possible, afin d'éviter toute ambiguïté ou confusion. On part généralement du principe que les informations doivent pouvoir être comprises par un destinataire moyen.

Al. 1

Conformément à ce qui est prévu dans le droit en vigueur (cf. al. 1, let. a), l'obligation générale d'informer inclura la communication d'informations sur le nom et l'adresse de l'intermédiaire d'assurance (let. a) et sur le fait qu'il s'agit d'une intermédiation liée ou non liée (let. b). Si l'intermédiation a lieu sur mandat d'une ou de plusieurs entreprises d'assurance, il faudra également indiquer le nom et l'adresse de ces dernières. Du point de vue du contenu, cette obligation d'information correspond à celle qui est prévue à l'heure actuelle à l'al. 1, let. c. Il s'agira en outre de communiquer aux preneurs d'assurance la façon dont ils peuvent s'informer sur la formation initiale et la formation continue suivies par l'intermédiaire d'assurance en application de l'art. 43 (let. c). Une autre obligation d'informer est également reprise du droit en vigueur, à savoir celle de communiquer l'identité d'une personne chargée de répondre

d'éventuels dommages résultant de la fourniture d'informations erronées par l'intermédiaire d'assurance, ou encore de fautes ou de négligences imputables à ce dernier (let. d). À cela s'ajoute, sur le modèle des obligations d'information des prestataires de services financiers visées à l'art. 8 LSFIn, l'obligation d'informer les preneurs d'assurance qu'ils ont la possibilité d'engager une procédure de conciliation devant un organe de médiation (let. f). Enfin, est également reprise telle quelle du droit en vigueur, l'obligation de renseigner sur le traitement des données personnelles (let. e).

Al. 2 et 3

Les al. 2 et 3 précisent les dispositions figurant actuellement à l'al. 2 et régissant la remise des informations visées à l'al. 1. À la différence de ce qui prévaut aujourd'hui, les informations ne devront plus être obligatoirement fournies sur un support durable, mais pourront être mises à disposition sous forme électronique. Le destinataire devra néanmoins avoir la possibilité de les sauvegarder et de les stocker durablement. Par analogie avec la règle arrêtée à l'art. 3, al. 2, LCA pour les entreprises d'assurance, elles devront être fournies au preneur d'assurance de sorte que celui-ci puisse en avoir connaissance au moment où il propose ou accepte le contrat d'assurance.

Art. 45a

Publicité des rémunérations

De nos jours, les intermédiaires d'assurance non liés sont dans la plupart des cas rémunérés selon le système dit de courtage. Pour chaque contrat d'assurance conclu, ils reçoivent de l'entreprise d'assurance un courtage (commission), qui est inclus dans le calcul de la prime d'assurance (brute). Cela signifie qu'en payant ses primes à l'entreprise d'assurance, le preneur d'assurance finance indirectement les honoraires des intermédiaires non liés.

De par sa nature même, le système de courtage met inévitablement l'intermédiaire d'assurance non lié aux prises avec un conflit d'intérêts. D'un côté, cet intermédiaire est tenu, en vertu de son statut de mandataire de l'assuré, de défendre les intérêts de son client devant l'entreprise d'assurance et, de l'autre, il est rémunéré par cette même entreprise pour son activité d'intermédiaire. Il y a donc un conflit entre l'intérêt de l'assuré à conclure un contrat qui paraît optimal à ce dernier et l'intérêt de l'intermédiaire d'assurance non lié à percevoir une rémunération la plus élevée possible.

C'est pourquoi le nouvel art. 45a prévoit que les intermédiaires d'assurance non liés seront tenus d'informer expressément les assurés sur toutes les rémunérations qu'ils perçoivent de tiers (p. ex. d'entreprises d'assurance) en relation avec la fourniture de leurs services (al. 1).

De plus, l'intermédiaire d'assurance non lié qui perçoit non seulement les rémunérations visées ci-dessus, mais également une rémunération fondée sur le mandat qui le lie à l'assuré n'aura le droit de conserver les rémunérations versées par les entreprises d'assurance ou d'autres tiers que (1) s'il a informé l'assuré sur ces rémunérations au préalable et (2) si l'assuré a renoncé expressément à ce que ces rémunérations lui soient reversées (al. 2, let. a). Une renonciation tacite ne suffit pas. À défaut de renonciation expresse du preneur d'assurance, ces rémunérations devront être reversées à ce dernier dans leur intégralité (al. 2, let. b).

L'information est réputée suffisante si l'assuré connaît la nature et l'ampleur des rémunérations avant la conclusion du contrat ou la fourniture du service. Si le montant des rémunérations ne peut être déterminé à l'avance, le preneur d'assurance devra être informé au moins des critères de calcul et des ordres de grandeur. Dans ce cas, le montant exact des rémunérations devra lui être communiqué, conformément à l'al. 1, aussitôt qu'il aura pu être calculé. S'il en fait la demande, l'assuré devra être informé du montant des rémunérations perçues, même s'il a renoncé à ce qu'elles lui soient reversées (al. 3).

L'al. 4 précise ce qu'il faut entendre par rémunération et indique clairement que toutes les prestations que les intermédiaires d'assurance non liés reçoivent de tiers (en particulier d'entreprises d'assurance) sont réputées constituer une rémunération au sens de la loi.

Les dispositions de l'art. 45a créent une obligation d'information et de transmission de droit public (droit prudentiel) relative aux rémunérations perçues de tiers. N'étant pas conçu comme une règle de droit mixte, cet article n'a pas d'incidence directe sur la relation de droit privé. En particulier, ses dispositions ne priment pas les prétentions découlant du droit du mandat. En revanche, le juge civil peut invoquer les obligations d'informer prévues dans le droit prudentiel pour préciser les relations de droit privé, de sorte que ces obligations peuvent avoir des retombées sur la relation de droit civil.

Art. 46, al. 1

Le complément apporté à la let. b habilitera la FINMA à vérifier systématiquement si les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties de respect des obligations découlant de la LSA. L'introduction de l'exigence de la bonne réputation dans l'art. 14 pour les entreprises d'assurance et dans l'art. 42 pour les intermédiaires d'assurance non liés élargit d'autant le catalogue des tâches de la FINMA. Le complément proposé permettra à cette dernière de s'assurer directement que chaque intermédiaire d'assurance remplit cette exigence, ce qui renforcera en fin de compte la surveillance des abus. Enfin, la let. f est modifiée de manière à ce qu'elle reprenne la nouvelle terminologie de la LSA.

Section 2 Mesures de sûreté, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation

Art. 51 Mesures de sûreté

Al. 1

Afin de garantir que les mesures de sûreté soient complètes, le projet prévoit d'ajouter les sociétés des groupes ou des conglomérats significatives aux entités juridiques susceptibles d'être concernées par ces mesures. Reflétant la pratique actuelle, cette modification est codifiée formellement à des fins de clarification.

Al. 2

La modification de la let. g découle du transfert des dispositions relatives au registre de l'actuel art. 42 au nouvel art. 42a.

Selon la let. i actuelle, il n'est possible d'accorder un sursis ou de proroger les échéances qu'en cas de risque d'insolvabilité. Or le risque d'insolvabilité, défini dans le nouvel art. 51a, sera en particulier un motif d'ouverture d'une procédure d'assainissement ou de faillite assurantielle. La possibilité d'accorder un sursis ou de proroger les échéances ne doit donc pas se limiter aux risques d'insolvabilité au sens de l'art. 51a. En effet, si les intérêts des assurés sont mis en danger et que ces mesures paraissent adéquates et proportionnelles, la FINMA devra pouvoir les ordonner avant que le risque d'insolvabilité ne soit avéré. Il y a donc lieu de supprimer la limitation de ces mesures aux risques d'insolvabilité.

Al. 3

La règle en vigueur concernant la publication des mesures de sûreté est complétée en ceci qu'il sera possible de renoncer à la publication au cas où celle-ci compromettrait l'objectif des mesures ordonnées. Il peut en effet arriver qu'au lieu d'avoir un effet rassurant, une mesure de sûreté crée encore davantage d'insécurité sur le marché et déstabilise l'entreprise d'assurance, si bien qu'il devient alors impossible d'ordonner une mesure vraiment efficace. Dans ce genre de situation, il faut pouvoir peser les intérêts en jeu et, le cas échéant, renoncer à la publication. Ce complément ne fait qu'inscrire explicitement dans la LSA une méthode déjà appliquée à l'assainissement des banques.

Art. 51a Mesures en cas de risque d'insolvabilité

Al. 1

L'art. 51a définit le risque d'insolvabilité (surendettement ou problèmes de liquidités importants) et arrête les mesures que la FINMA peut ordonner si ce risque se présente.

Le risque d'insolvabilité est lié à l'état du bilan et les seuls critères déterminants pour le mesurer sont le surendettement et le manque de liquidités. Pour comprendre les termes d'insolvabilité, de surendettement et de manque de liquidités, il faut se référer aux principes appliqués dans la LP.

Toutefois, à la différence de ce que prévoient les dispositions de la LP, il ne faudra pas attendre que l'insolvabilité de l'entreprise d'assurance soit avérée. Il suffira qu'il existe des raisons sérieuses de craindre l'insolvabilité (risque d'insolvabilité) pour que la FINMA puisse réagir précocement et prendre des mesures. La formulation correspond à celle de l'actuel art. 53, al. 1, qui peut donc être abrogé, ainsi qu'aux règles de l'art. 25, al. 1, LB et à celles de la norme internationale applicables en la matière.

Les prescriptions prudentielles de la LSA en matière de capital ne jouent aucun rôle dans l'évaluation du risque d'insolvabilité. En particulier, les mesures applicables en cas d'insolvabilité ne doivent pas avoir de liens avec le SST. Le modèle des seuils d'intervention du SST repose sur l'art. 51 en vigueur et continuera de s'appliquer.

Al. 2

L'al. 2 indique clairement que les mesures de sûreté visées à l'art. 51 pourront être ordonnées aussi bien dans une procédure spécifique que dans une procédure d'assainissement ou de faillite assurantielle. En particulier l'ouverture d'une procédure d'assainissement pourra nécessiter que des mesures de sûreté soient également ordonnées.

Al. 3

Cet alinéa est repris sans modifications de l'actuel art. 53, al. 2.

Il vise à exclure l'ajournement de la faillite prévu par le droit de la société anonyme et, du même coup, la compétence des tribunaux civils. En cas d'application de l'art. 51a, seule la FINMA sera compétente. Les autres dispositions des art. 725 s. du code des obligations (CO; RS 220) ne sont pas touchées.

L'instauration d'une base légale autonome régissant l'assainissement exclut également l'application des dispositions de la LP relatives à la procédure concordataire.

Al. 4

En principe, les mesures de contrainte ordonnées par les pouvoirs publics n'ont d'effets que sur le territoire national. Dès lors, la question se pose de savoir si les mesures prises en Suisse conformément à l'art. 51a s'appliqueront ou non aux avoirs qu'une entreprise d'assurance suisse détient à l'étranger. Cela dépendra du droit du pays concerné. Il est probable par exemple que le droit des États-Unis considérerait ces mesures comme inapplicables. En revanche, dans tous les États membres de l'UE, l'art. 9, par. 1, du règlement (CE) n° 593/2008 (Rome I)³ permet l'application de lois de police impératives d'États tiers (loi dite d'application immédiate). Cette applicabilité a toutefois pour condition que la volonté d'application internationale soit clairement exprimée dans la norme concernée. C'est pourquoi l'al. 4 prévoit explicitement que les décisions de la FINMA pourront concerner l'ensemble de la fortune de l'entreprise d'assurance, soit tous ses actifs et ses passifs en Suisse et à l'étranger. Une telle applicabilité extraterritoriale est également prévue dans la LB et la LP.

Art. 51b *Primauté des accords de compensation, de réalisation et de transfert*

Cet article correspond aux dispositions analogues du droit bancaire (art. 27 LB) et à celles adaptées de la LIMF. Comme la LB, la LSA prévoira une liste de dérogations.

Section 2a *Assainissement*

À l'heure actuelle, la LSA ne réglemente en détail que la procédure de faillite. Elle ne définit aucune règle expresse pour la procédure d'assainissement, même si elle en mentionne la possibilité à l'art. 53, al. 1. La section 2a qui est ajoutée dans le cadre de la présente révision vise à combler cette lacune et à créer une base légale explicite pour la procédure d'assainissement. Les nouvelles dispositions sont calquées sur celles de la LB, tout en tenant compte des particularités des entreprises d'assurance.

Par entreprises d'assurance, il faut entendre dans cette section aussi bien les entreprises d'assurance suisses visées à l'art. 2, al. 1, let. a, que les entreprises ayant leur

³ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177 du 4.7.2008, p. 6, rectifié dans JO L 309 du 24.11.2009, p. 87.

siège à l'étranger pour ce qui est de l'activité d'assurance exercée en Suisse ou à partir de la Suisse (art. 2, al. 1, let. b).

Art. 52a *Procédure*

Al. 1

Cette disposition s'inspire de l'art. 28 LB. L'ouverture d'une procédure d'assainissement fondée sur la LSA présupposera l'existence d'un risque d'insolvabilité (cf. art. 51a, al. 1, let. b). La FINMA pourra alors ordonner une procédure d'assainissement s'il paraît vraisemblable que celle-ci aboutira au maintien de (toute) l'entreprise d'assurance ou au moins de certains de ses services (p. ex. portefeuille d'assurance, gestion du portefeuille ou service des sinistres). Le maintien de ces parties de l'entreprise pourra aussi être assuré moyennant leur transfert à une autre entreprise d'assurance, pendant que le reste de la société sera liquidé par voie de faillite. L'objectif principal de l'assainissement ne réside pas dans le sauvetage de l'entreprise d'assurance. Cette procédure vise plutôt à garantir la meilleure protection possible des assurés.

Al. 2 et 4

Il pourra éventuellement être nécessaire d'édicter des dispositions spéciales aux fins de la mise en œuvre de la procédure d'assainissement. C'est pourquoi la FINMA aura compétence non seulement pour rendre les décisions qui s'imposent dans des cas d'espèce, mais également pour déterminer de façon plus détaillées les modalités de la procédure par la voie d'ordonnances générales. Celles-ci contiendront en particulier des dispositions formelles et techniques. La FINMA a déjà fait usage de compétences similaires dans son ordonnance du 17 octobre 2012 sur la faillite des assurances (OFA-FINMA; RS 961.015.2), ainsi que dans le secteur bancaire, dans son ordonnance du 1^{er} novembre 2012 sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA; RS 952.05).

Al. 3

Cet alinéa autorise la FINMA à nommer un délégué à l'assainissement, auquel elle pourra confier la responsabilité de l'élaboration et de la mise en œuvre du plan d'assainissement. La nomination d'un délégué à l'assainissement ne sera toutefois pas absolument indispensable et pourra aussi n'intervenir que lors de l'homologation du plan d'assainissement existant, aux seules fins de la mise en œuvre de ce dernier. Dans de nombreux cas, les grandes lignes de l'assainissement sont en effet déjà connues au moment de l'ouverture de la procédure d'assainissement, ce qui est au demeurant nécessaire pour pouvoir garantir la crédibilité de la communication. Dans ce genre de cas, il est superflu de demander à un délégué d'élaborer un plan d'assainissement.

Art. 52b *Plan d'assainissement*

Al. 1

L'assainissement vise à écarter le risque d'insolvabilité. Il s'agit de mettre l'entreprise d'assurance en condition d'éliminer ce risque en évitant une procédure de faillite. Le plan d'assainissement est le principal instrument stratégique à disposition pour y parvenir. L'al. 1 fixe le principe selon lequel le plan d'assainissement doit présenter la

manière d'écarter le risque d'insolvabilité et quelles mesures doivent être prises à cet effet. L'élément central du plan d'assainissement réside dans la stratégie que l'entreprise d'assurance doit suivre pour surmonter ses difficultés financières. Outre des mesures financières, le plan doit inclure par exemple des mesures organisationnelles (conséquences pour le personnel, modification de l'organisation et de la conduite de l'entreprise).

L'assainissement comprendra diverses mesures, dont la définition dépendra du cas d'espèce. Ces mesures sont énumérées dans cet alinéa à titre d'exemples, puis précisées dans les art. 52c à 52e. Elles consistent notamment en la reprise, par une autre entreprise d'assurance (repreneur) ou par une société de défaisance, de tout ou partie de l'entreprise d'assurance ou du portefeuille d'assurance de cette dernière. Les autres possibilités sont la réorientation de l'activité, assortie de l'abandon de certains secteurs, la vente d'une partie des actifs, la recapitalisation (y c. par des tiers intéressés), l'apport de capitaux par les actionnaires ou l'augmentation de capital.

La principale mesure financière à l'égard des créanciers et des assurés reste la traditionnelle réduction des créances. En cas de maintien des contrats d'assurance, il est même envisageable de réduire la durée de ces derniers au lieu de diminuer le montant des créances (en d'autres termes, il est possible de toucher aux couvertures d'assurance non utilisées, de sorte que les contrats contribuent à l'assainissement en ayant, à prime égale, une durée de validité réduite). Le choix de la réduction incombera au délégué à l'assainissement. Ce qui importe, c'est que l'importance de la réduction soit la même pour tous les créanciers égaux en droits, que celle-ci porte sur le montant de la créance ou sur la durée du contrat. Au lieu d'une réduction des créances, l'assainissement peut également passer par une conversion des créances en capital propre (libération par compensation; *debt equity swap*). Dans ce cas, il faudra cependant tenir compte du fait que les assurés n'ont pas effectué de placements financiers et qu'en règle générale, ils entendent conserver leur statut d'assurés et ne souhaitent pas devenir actionnaires. S'il est appliqué, cet instrument d'assainissement s'adressera donc plutôt aux autres créanciers.

Enfin, la modification des contrats d'assurance pourra aussi être judicieuse pour garantir la protection des assurés.

Al. 2

Si le plan d'assainissement vise à maintenir l'entreprise d'assurance, il faudra absolument s'assurer que celle-ci respectera durablement toutes les conditions d'autorisation au terme de son assainissement.

Al. 3

Il est également envisageable que l'assainissement de l'entreprise d'assurance se limite à la liquidation ordonnée du portefeuille d'assurance existant, sans que de nouveaux contrats d'assurance ne soient conclus. Cela devrait être la règle si l'entreprise d'assurance n'est pas maintenue. Étant donné qu'une liquidation de ce genre peut durer longtemps dans le secteur de l'assurance, l'al. 3 prévoit que la FINMA pourra assouplir les conditions d'autorisation relevant du droit prudentiel (p. ex. en relation avec le capital minimal ou le SST). Il pourra en aller de même pour les exigences en matière de surveillance. La liquidation ordonnée du portefeuille d'assurance existant

s'en trouvera facilitée, dans l'intérêt des assurés, du fait que le respect d'obligations non impératives ne sera plus exigé et que, par conséquent, les coûts de liquidation diminueront. Enfin, des allègements pourront être accordés aussi bien en cas de liquidation interne à l'entreprise d'assurance insolvable qu'en cas de transfert à une société tierce, par exemple à une société de défaisance. Il incombera à la FINMA d'apprécier dans chaque cas particulier si, malgré les allègements prévus, la protection des assurés reste suffisante.

Art. 52c Transfert du portefeuille d'assurance ou d'autres parties de l'entreprise d'assurance

Al. 1

Le plan d'assainissement pourra prévoir le transfert du portefeuille d'assurance ou d'autres parties de l'entreprise d'assurance à une autre entité juridique, qui pourra être soit une autre entreprise d'assurance, soit une société de défaisance. S'il s'agit d'une société de défaisance, celle-ci pourra être constituée spécialement aux fins de la liquidation du portefeuille d'assurance, sous la forme par exemple d'une société coopérative (les assurés devenant dans ce cas des associés), et garantir ainsi la liquidation ordonnée du portefeuille (*run-off*). Les éventuels bénéfices tirés de la liquidation seraient alors distribués aux associés, restant ainsi acquis aux assurés. Dans ce contexte, il y aura lieu de tenir compte de l'art. 52f concernant les éventuelles atteintes aux droits des assurés.

Al. 2

En vertu de la dérogation prévue à l'al. 2, la FINMA pourra, dans des cas dûment justifiés, accorder au repreneur d'un portefeuille d'assurance un assouplissement des exigences prudentielles. Elle pourra par exemple approuver le transfert du portefeuille même si le repreneur, par suite du transfert, n'atteint plus le ratio SST de 100 % (pendant une période transitoire déterminée). La FINMA ne devra faire usage de sa compétence en matière d'allègements que de manière très restrictive, en veillant à ce qu'il n'en résulte pas un aléa moral. En particulier, les allègements ne devront être accordés qu'en relation avec l'activité reprise et n'avoir si possible aucun effet sur l'activité habituelle du repreneur. Enfin, l'assouplissement des exigences prudentielles devra être octroyé seulement pour une durée déterminée et, dans tous les cas, ils ne devront pas porter atteinte aux intérêts des assurés.

Al. 3

L'al. 3 correspond aux dispositions de l'art. 31b LB. L'art. 52b, al. 1, let. a, prévoit qu'aux fins de l'assainissement de l'entreprise d'assurance, il sera possible de transférer la fortune de cette dernière à une autre entité juridique ou à une société de défaisance. Si, dans ce genre de cas, on devait toujours ordonner une évaluation indépendante avant de procéder au transfert, cela pourrait, suivant les circonstances, nuire à la rapidité et à l'efficacité de la procédure d'assainissement. Ce serait le cas en particulier lorsque la fortune doit être transférée rapidement au repreneur. C'est pourquoi la loi habilite la FINMA à fixer la compensation entre les entités juridiques concernées dans les limites de son pouvoir d'appréciation. L'autorité fédérale pourra toutefois

actionnaires, y compris en particulier les droits sociaux de ces derniers. Seul fera exception le droit de souscription préférentiel de nouvelles actions. Si sa perte est inhérente à la conversion, ce droit ne pourra être retiré en cas de création d'un nouveau capital-actions qu'à la condition prévue à l'al. 1.

L'al. 3 prévoit deux conditions pour la conversion des capitaux de tiers en capital propre et pour la réduction des créances. D'une part, le capital-actions devra être réduit et, d'autre part, les instruments de capital amortisseurs de risque devront être réduits entièrement ou convertis en capital propre. Par instruments de capital amortisseurs de risque, on entend les instruments visés à l'art. 22a OS. L'éventail de ces instruments s'étend du capital hybride non convertible aux emprunts convertibles.

Al. 4

Cet alinéa fixe l'ordre à observer lors de la conversion des capitaux de tiers en capital propre et de la réduction des créances. Cet ordre coïncide avec l'ordre de collocation applicable en cas de faillite assurantielle (cf. art. 54a et 54a^{bis}). Les droits des preneurs d'assurance dont les prétentions sont garanties par une fortune liée ne doivent être affectés qu'en dernier (cf. commentaire de l'al. 5 ci-après).

S'appuyant sur l'art. 48, al. 1, let. d, OIB-FINMA, l'al. 4 définit l'ordre dans lequel les créances peuvent être converties ou réduites. Les créances appartenant au rang suivant ne peuvent être prises en compte que lorsque la conversion ou la réduction des créances du rang précédent ne suffit indubitablement pas à satisfaire les exigences en matière de fonds propres (principe de l'épuisement). De plus, la réduction des créances doit être équivalente pour tous les créanciers appartenant à la même catégorie.

En application de la let. a, il faut d'abord convertir ou réduire toutes les créances subordonnées.

Suivent en deuxième position (let. b) les créances émises dans le but précis d'absorber les pertes lorsque les autorités ordonnent l'application de mesures en cas d'insolvabilité (*bail-in bonds*). Leur conversion ou leur réduction a déjà été acceptée par les créanciers au moyen d'un contrat. La création d'un rang spécifique à ces créances, s'insérant entre celui des créances subordonnées et celui des autres créances, est indispensable pour respecter la hiérarchie des créanciers. Il serait en effet inapproprié de convertir ces obligations en même temps que les autres créances (troisième classe), qui incluent les *senior bonds* et dont les créanciers n'ont pas consenti par avance à ce qu'elles soient converties.

Les autres créances ne peuvent être réduites qu'en troisième position, conformément à l'ordre prévu dans la LP. À cet égard, il faut toutefois tenir compte des règles spéciales arrêtées à l'al. 5 pour les créances nées de contrats d'assurance.

Al. 5

L'al. 5 régleme spécialement la conversion des capitaux de tiers en capital propre et la réduction des créances des assurés nées de contrats d'assurance. Une distinction est faite en l'occurrence entre les créances nées de contrats d'assurance garantis par une fortune liée en application de l'art. 17 (let. b) et celles pour lesquelles aucune fortune liée n'est prescrite (let. a).

Conformément aux règles de collocation, les créances des assurés nées de contrats d'assurance non garantis par une fortune liée sont rangées, en raison du renvoi à l'art. 54a, al. 2, dans la deuxième classe définie à l'art. 219, al. 4, LP. Elles ne seront toutefois remboursées à partir de la masse en faillite qu'une fois réglées toutes les autres créances de deuxième classe. C'est pourquoi la let. a prévoit que ces créances entrent dans le champ d'application de l'al. 4, let. c, et qu'elles doivent donc être réduites avant les créances de deuxième et de première classe visées à l'art. 219, al. 4, LP. Aucune fortune liée n'est prescrite à titre de garantie pour les contrats de réassurance et les contrats d'assurance conclus avec des contreparties professionnelles. Il en va de même pour les portefeuilles d'assurance de succursales créées à l'étranger par des entreprises d'assurance ayant leur siège en Suisse.

Selon la let. b, les créances des assurés nées de contrats d'assurance pour lesquels une fortune liée visée à l'art. 17 est prescrite devront être réduites ou converties en dernier lieu, soit après que toutes les autres créances auront été réduites. Cette règle tient au privilège attaché à la fortune liée en faveur des assurés. Conformément au but de la LSA, ceux-ci bénéficient en effet d'un privilège particulier en cas d'insolvabilité de l'entreprise d'assurance. C'est pourquoi il n'est admis de porter atteinte à leurs droits que dans la mesure où la fortune liée prescrite ne suffit pas à garantir entièrement leurs créances. L'atteinte doit donc se limiter à la partie non couverte des créances.

Le droit de réduire les prétentions des assurés dans le secteur de l'assurance sur la vie était déjà prévu dans la loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie (cf. art. 29 de cette loi, abrogée lors de l'adoption de la LSA).

Enfin, il y a eu lieu de tenir compte également de l'art. 52f avant de porter atteinte aux droits découlant de contrats d'assurance.

Al. 6

La FINMA peut interdire la participation dans une entreprise d'assurance ou la soumettre à des conditions lorsqu'il s'agit d'une participation qualifiée (au moins 10 % des droits de vote ou du capital ou autre influence notable) pouvant, en raison de sa nature ou de son importance, être préjudiciable à l'entreprise d'assurance ou aux intérêts des assurés (art. 21, al. 4). Si le plan d'assainissement prévoit la conversion des capitaux de tiers en capital propre, les créanciers de l'entreprise d'assurance deviennent légalement propriétaires ou actionnaires au moment de l'homologation du plan. En règle générale, les nouveaux actionnaires ne peuvent exercer leurs droits de vote qu'après s'être inscrits au registre des actionnaires de l'entreprise d'assurance concernée, ce qui permet à cette dernière de dresser un inventaire de son nouvel actionnariat. Il n'est cependant pas exclu que les nouveaux actionnaires détenant une participation qualifiée exercent leur influence au détriment de l'entreprise d'assurance ou des intérêts des assurés. C'est pourquoi la loi prévoit la suspension de tous les droits de vote excédant le seuil de 10 %. Ceux-ci ne pourront être exercés que lorsque la FINMA aura constaté que les actionnaires concernés ne font courir aucun risque à l'entreprise d'assurance ou aux assurés de cette dernière.

*Art. 52e**Modification des contrats d'assurance*

Suivant les cas, il peut être plus judicieux de modifier directement les contrats d'assurance que de réduire les créances des assurés ou d'effectuer une conversion. Or le droit de la FINMA d'intervenir ainsi dans la relation de droit privé entre l'entreprise d'assurance et l'assuré requiert une base légale explicite. L'art. 52e dispose donc que le plan d'assainissement peut prévoir une atteinte directe aux droits des assurés par le biais d'une modification du contenu des contrats (autrement une modification matérielle des contrats). La modification pourra porter sur les conditions du contrat, les primes (si elles ne sont pas déjà modifiables en vertu d'une clause d'adaptation), les participations aux excédents, les bonus ou rabais pour absence de sinistres, les droits d'option ou les garanties découlant de l'assurance sur la vie. Le contrat pourra être modifié, indifféremment, avant la survenance d'un cas d'assurance ou après la survenance d'un tel cas, à condition que celui-ci n'ait pas encore été réglé. De plus, la modification des contrats pourra avoir des conséquences aussi bien sur le bilan que sur d'autres éléments. Si le repreneur entend par exemple reprendre un portefeuille d'assurance seulement à la condition que certaines prestations garanties contractuellement en soient supprimées (p. ex suppression de la contribution à un abonnement de fitness), cela aura des conséquences sur le bilan. En revanche, une modification du contrat d'assurance consistant en la suppression d'un droit formateur (p. ex. le droit de résiliation) aura en général des conséquences sur des éléments autres que le bilan.

Pour les assurés, la modification des contrats fondée sur cet article est en principe équivalente à une réduction des créances ou à une conversion et peut donc être appliquée comme solution de remplacement. Le plan d'assainissement devra en l'occurrence privilégier l'instrument le mieux à même de protéger les assurés. La modification des contrats étant complexe, cet instrument d'assainissement ne devra toutefois être utilisé qu'avec retenue. Ainsi, lorsque les deux solutions permettront d'atteindre le même but et offriront les mêmes avantages, il conviendra d'opter pour une réduction des créances. La modification des contrats est envisageable en particulier si elle porte sur des éléments d'un contrat inhabituels sur le marché. Elle peut notamment être indiquée si elle permet de transférer un portefeuille d'assurance à une autre entreprise d'assurance.

Al. 1

L'atteinte aux droits des assurés est subordonnée au respect des conditions et de l'ordre définis à l'art. 52d. L'al. 1 indique ainsi clairement, d'une part, que la modification des contrats d'assurance est en principe équivalente à la réduction des créances et à la conversion et, d'autre part, qu'elle doit tenir compte du traitement privilégié des prétentions nées de contrats d'assurance. L'art. 29 de la loi fédérale sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie prévoyait déjà de telles règles.

L'art. 52e s'applique aussi bien à l'assainissement de l'entreprise d'assurance qu'au transfert du portefeuille d'assurance à une autre entreprise d'assurance ou à une société de défaillance.

Enfin, les compétences que cet alinéa attribue à la FINMA permettront également à cette autorité de modifier les contrats lorsque l'assainissement sera justifié par une guerre ou des actes de terrorisme. Ces dispositions remplacent la «clause de guerre»,

en vertu de laquelle l'ancien Office fédéral des assurances privées avait compétence pour modifier les contrats. Le droit en vigueur ne prévoit pas de règle similaire.

Al. 2

L'atteinte aux droits des assurés sera soumise par principe à l'obligation de garantir l'égalité de traitement des créanciers. Cela signifie que toute atteinte aux droits des assurés, dont la modification des contrats, devra être la même pour tous les assurés placés au même rang dans l'ordre de collocation défini à l'art. 52*d*.

L'al. 2 permet toutefois de déroger au principe de l'égalité de traitement. Cette disposition tient compte en effet de la primauté de l'intérêt général et admet, au nom de ce dernier, que l'assainissement puisse comporter une certaine inégalité de traitement des assurés. C'est ainsi que dans certaines circonstances, une modification mineure opérée conformément au principe de proportionnalité dans une catégorie donnée de contrats peut avoir un effet plus important en termes d'assainissement qu'une modification portant sur toutes les catégories de contrats. Il est également possible qu'une assurance sur la vie soit assortie de droits d'option et de garanties relativement insignifiants pour chaque assuré, mais que la suppression de ces droits ait globalement, selon les circonstances, un effet considérable en termes d'assainissement. Autre exemple: la modification de contrats relevant d'un portefeuille d'assurance donné peut ne pas être applicable à tous les assurés, du fait que la clause concernée ne figure pas dans tous les contrats. Le cas échéant, il peut être judicieux de supprimer ladite clause dans tous les contrats concernés et de ne pas toucher aux autres contrats. La limite de cette approche est fixée par le principe de l'égalité de traitement des créanciers. Les assurés dont la situation est la même doivent être traités de la même manière, compte tenu de l'égalité de leur situation (p. ex. assurés ayant conclu le même contrat). Malgré la primauté de l'intérêt général, les droits de chaque assuré doivent toujours être respectés. Ainsi, même en cas d'inégalité de traitement, les mesures d'assainissement ne doivent mettre aucun assuré dans une position moins favorable que celle qu'il occuperait en cas de faillite assurantielle (cf. art. 52*j*, al. 1, let. c). Cela signifie qu'en cas d'inégalité de traitement lors de l'assainissement, l'assuré le moins bien traité doit néanmoins occuper une position plus favorable qu'en cas de faillite. De plus, conformément au principe de proportionnalité, la modification des contrats doit se limiter à ce qui est nécessaire pour assainir le ou les portefeuilles d'assurance concernés et rétablir ainsi l'équilibre financier.

À noter que cet alinéa, et par conséquent la possibilité de déroger au principe de l'égalité de traitement des assurés, s'applique uniquement aux contrats d'assurance pour lesquels une fortune liée visée à l'art. 17 est prescrite à titre de garantie. Cela signifie qu'il ne concerne pas la réassurance (cf. art. 35), les contrats conclus avec des contreparties professionnelles (cf. art. 30*a*) et l'assurance interne au groupe (cf. art. 30*d*). Dans ces domaines, seule sera possible une modification des contrats s'appliquant à tous les assurés et garantissant ainsi l'égalité de traitement de ces derniers.

Al. 3

L'inégalité de traitement des assurés bénéficiant du même privilège ne se justifie que dans des circonstances particulières. Ainsi, pour qu'elle soit réputée servir l'intérêt général des assurés conformément à l'al. 2 (cf. ci-dessus), la modification différenciée

des contrats d'assurance doit fournir une contribution à l'assainissement plus importante que l'égalité de traitement de tous les assurés, ou être le seul moyen d'assainir l'entreprise d'assurance.

Art. 52f Droits des assurés en cas de conversion des capitaux de tiers en capital propre, de réduction des créances et de modification des contrats

Al. 1

Les mesures prévues aux art. 52d et 52e portent une atteinte considérable aux droits des assurés. L'art. 52f en tient compte puisqu'il accorde à ces derniers des droits supplémentaires. C'est ainsi que l'al. 1 octroie aux assurés un droit de résiliation extraordinaire calqué sur celui qui est prévu à l'art. 62, al. 3.

Il pourrait cependant arriver que ce droit de résiliation extraordinaire soit exercé par un nombre si élevé d'assurés que cela aggraverait les difficultés financières de l'entreprise d'assurance (p. ex. risque de manquer de liquidités). Dans ce genre de situation exceptionnelle, la FINMA pourra ordonner des mesures de sûreté d'accompagnement, telles que l'octroi d'un sursis ou la prorogation des échéances de paiement, afin de stabiliser la situation.

Al. 2

Si le portefeuille d'assurance est totalement ou partiellement transféré à une autre entité juridique dans le cadre de la procédure d'assainissement et qu'il en résulte une atteinte aux droits des assurés, ceux-ci pourront faire valoir, à l'égard de l'entreprise d'assurance, une créance compensatrice de même rang équivalente à leur perte financière. Cette disposition garantit que les assurés concernés par le transfert d'un portefeuille d'assurance leur occasionnant une perte financière ne seront pas défavorisés par rapport aux autres créanciers.

Art. 52g Ajournement de la résiliation de contrats

Cette disposition correspond à l'art. 30a LB. Elle habilite la FINMA à prendre les mesures prévues aux art. 51 et 52 sans que cela n'entraîne l'exercice des droits de résiliation contractuels ou des droits visés à l'art. 52f. Il s'agit de garantir la poursuite ininterrompue des rapports contractuels même en situation de crise. L'ajournement de la résiliation de contrats de réassurance constituant un cas spécial, il est réglementé à l'art. 52h.

Al. 1

Un ajournement restera possible par principe lorsque la FINMA ordonnera ou autorisera une ou plusieurs mesures prévues aux art. 51 et 52. Cette possibilité garantira ainsi l'application de l'al. 1 notamment aux cas dans lesquels une conversion des capitaux de tiers en capital propre ou une réduction des créances a été ordonnée. De plus, comme dans le droit bancaire, il est prévu que l'ajournement concerne non seulement les contrats financiers, mais également tous les contrats d'une autre nature. Outre les contrats d'assurance, il sera donc possible d'ajourner en particulier les con-

trats qui règlent la fourniture de services liés par exemple à l'infrastructure informatique de l'entreprise d'assurance et qui sont indispensables au bon fonctionnement de cette dernière, ou encore les contrats de bail ou de leasing. Enfin, l'ajournement concernera non seulement les droits de résiliation, mais aussi, selon la let. b, les droits de compensation, de réalisation ou de transfert énoncés à l'art. 51*b*. Cet alinéa s'appliquera également à la résiliation automatique des contrats, comme l'indique clairement la formulation de la let. a.

Al. 2

L'al. 2 établit clairement qu'un ajournement peut être ordonné pour tous les contrats qui lient la résiliation ou l'exercice d'un droit visé à l'al. 1 à la décision d'appliquer ou d'autoriser les mesures prévues aux art. 51 et 52. Sont visés principalement les contrats prévoyant qu'une mesure de la FINMA constitue un motif de résiliation, ainsi que ceux dans lesquels la résiliation ou le droit de résiliation sont liés à la mesure concernée. L'al. 2 couvre donc également, par exemple, les cas dans lesquels des obligations contractuelles particulières (telle la fourniture de garanties plus élevées) peuvent être imposées à l'entreprise d'assurance, sur la base de la mesure prise.

L'ajournement peut également être ordonné pour des contrats dont la résiliation n'est pas liée directement à une mesure de la FINMA, mais en découle indirectement. Il peut en outre concerner des contrats dans lesquels l'entreprise d'assurance n'a pas qualité de partie, mais est réputée par exemple garante ou entité désignée par contrat. En effet, l'ajournement est déjà possible si le contrat lie la résiliation à la mesure prise par la FINMA. L'ajournement peut également concerner des contrats conclus entre des tiers qui ont un lien avec l'entreprise d'assurance faisant l'objet de mesures. Cette possibilité vise à atténuer en particulier le problème des clauses de défaillance réciproque (*cross-default clauses*). Celles-ci peuvent notamment prévoir la résiliation d'un contrat conclu avec une filiale si des mesures applicables en cas d'insolvabilité ont été prises à l'encontre de la société mère. Par conséquent, l'ajournement peut être ordonné indépendamment du fait que l'entreprise d'assurance concernée par les mesures soit partie au contrat, garante ou personne déterminante pour le motif de résiliation.

Al. 3

La durée de l'ajournement ne peut excéder deux jours ouvrables. Le calcul du délai ne tient pas compte des samedis, des dimanches et des jours légalement fériés au siège de l'entreprise d'assurance. Si, par exemple, l'ajournement débute un jeudi à midi, son expiration peut être fixée au lundi suivant, à midi. L'ajournement peut aussi commencer un samedi, un dimanche ou un jour férié.

Al. 4

L'al. 4 décrit les situations dans lesquelles l'ajournement est exclu ou devient caduc. C'est notamment le cas lorsque le motif de la résiliation ou de la naissance d'un droit visé à l'al. 1 n'a pas de rapport avec les mesures prévues aux art. 51 et 52. On peut renvoyer ici au commentaire de l'al. 2, en précisant que les nouvelles exigences auxquelles l'entreprise d'assurance concernée devra satisfaire par suite des mesures prises doivent être considérées comme liées à ces mesures.

Al. 5

L'al. 5 dispose clairement que, si l'entreprise d'assurance respecte les conditions d'autorisation et les autres prescriptions légales après l'échéance de l'ajournement, les droits ajournés ne peuvent plus être exercés et le contrat subsiste. Comme dans le droit bancaire, la FINMA dispose d'une certaine marge d'appréciation pour établir si l'al. 5 peut s'appliquer ou non. Les éventuelles dispositions contraignantes du droit étranger ne sont pas valables en l'occurrence. Les conditions sont réputées remplies s'il n'y a plus de raison de prendre de mesures. Si les conditions fixées à l'al. 5 ne sont pas remplies après l'échéance de l'ajournement, les contrats peuvent, s'ils incluent des droits correspondants, être résiliés dans le respect des droits contractuels. À noter que, dans ce cas, l'ajournement durable concerne uniquement les droits de résiliation qui n'ont pas pu être exercés en raison de l'ajournement lui-même. Si de nouveaux droits de résiliation naissent ultérieurement et qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'ajournement, ils peuvent être exercés à tout moment.

Art. 52h Ajournement de la résiliation de contrats de réassurance

Les contrats de réassurance sont un moyen de garantie de première importance pour les assureurs directs, et c'est précisément en cas d'assainissement que leur maintien est essentiel. En effet, la perte de la réassurance par l'assureur direct risque de faire échouer l'assainissement, notamment parce qu'il est très difficile pour une entreprise d'assurance directe traversant une crise financière de conclure une nouvelle réassurance. C'est pourquoi l'art. 52h prévoit que la FINMA pourra ajourner la résiliation de contrats de réassurance ou l'exercice des droits de résiliation correspondants. Elle pourra agir de même en cas de transfert du portefeuille d'assurance. C'est notamment pour cette raison que l'ajournement de la résiliation de contrats de réassurance nécessite l'instauration d'une disposition dérogeant à l'art. 52g et poursuivant un double objectif: premièrement, donner à l'entreprise d'assurance devant être assainie la possibilité de remplacer la couverture de réassurance de son portefeuille d'assurance sur le marché ou de maintenir la couverture existante et, deuxièmement, améliorer ainsi la sécurité sur le plan juridique.

La FINMA pourra donc ordonner l'ajournement de la résiliation de contrats de réassurance pour quatre mois au plus (contre deux jours au plus en ce qui concerne les contrats d'assurance [cf. art. 52g, al. 3]). Le cas échéant, ce délai permettra à l'entreprise d'assurance de chercher une nouvelle couverture de réassurance pour le portefeuille d'assurance concerné.

Cet article restreint les droits de l'entreprise de réassurance concernée puisque celle-ci ne peut pas résilier le contrat pendant quatre mois au plus. Toutefois, afin de tenir compte également des intérêts de l'entreprise de réassurance, la FINMA pourra lui accorder, pendant la durée de l'ajournement, un droit de regard sur l'entreprise d'assurance directe.

Art. 52i Effet de l'assainissement d'une entreprise d'assurance directe sur les contrats de réassurance

L'art. 52i dispose qu'en cas d'assainissement, les créances nées du contrat de réassurance détenues par l'assureur direct sur le réassureur subsistent sans changements.

Cela signifie que l'entreprise de réassurance doit fournir ses prestations jusqu'à concurrence du montant convenu dans le contrat, même si les créances détenues par les assurés sur l'entreprise d'assurance directe ont été réduites en application de l'une des mesures visées à l'art. 52e. Le but est d'empêcher que la mesure d'assainissement ne profite à l'entreprise de réassurance en lieu et place de l'assureur direct concerné. Toutefois, dans des cas extrêmes, cela pourrait conduire à ce que l'assureur direct perçoive du réassureur, pour un sinistre donné, un montant supérieur à celui qu'il doit payer lui-même à l'assuré. En cas d'assainissement, l'entreprise de réassurance se doit donc de veiller de la même façon que lors de l'exécution ordinaire du contrat à ce que les sinistres soient réglés avec soin. C'est d'autant plus important qu'en cas d'assainissement, il existe un risque accru que l'assureur direct s'enrichisse aux dépens du réassureur, moyennant un règlement trop généreux des sinistres. Il convient par conséquent d'intégrer l'entreprise de réassurance de manière appropriée au processus de règlement des sinistres. C'est pourquoi celle-ci pourra exercer, pendant la procédure d'assainissement également, les droits de contrôle de l'assureur direct qui, conformément aux normes en vigueur, sont inscrits dans les contrats de réassurance. Il incombe en outre au délégué à l'assainissement de s'assurer, par des mesures organisationnelles appropriées (principe du double contrôle, contrôles par échantillonnage, etc.), que le règlement des sinistres est effectué avec toute la diligence requise. Enfin, la FINMA est également tenue de veiller à l'exécution correcte des tâches, dans la mesure où elle a nommé le délégué à l'assainissement et qu'elle surveille l'activité de ce dernier.

Art. 52j

Homologation du plan d'assainissement

Cette disposition s'inspire de l'art. 31 LB. Comme la LB, la nouvelle LSA prévoit que la FINMA devra homologuer le plan d'assainissement, indépendamment d'une éventuelle atteinte aux droits et aux obligations des créanciers et des propriétaires, et en publier les grandes lignes. L'approbation de l'assemblée générale de l'entreprise d'assurance ne sera en revanche pas requise (cf. al. 2). Les conditions d'homologation ne sont pas énumérées de manière exhaustive. Le plan d'assainissement devra d'abord satisfaire aux exigences définies à l'art. 52b, puis remplir les conditions suivantes: être fondé sur une évaluation des actifs et des passifs de l'entreprise d'assurance conforme aux principes d'établissement régulier des comptes (cf. art. 958c CO), ne pas être, selon toute vraisemblance, moins favorable aux créanciers que l'ouverture immédiate de la faillite, respecter l'ordre de collocation applicable, en vertu du droit de la faillite, aux créanciers entre eux ainsi qu'aux créanciers par rapport aux propriétaires et, enfin, tenir dûment compte des liens juridiques ou économiques entre les actifs, les passifs et les contrats.

Il ne sera pas obligatoire de soumettre l'évaluation des actifs et des passifs à la vérification d'un réviseur agréé, prévue à l'art. 725, al. 2, CO. Si les actifs et les passifs relèvent d'une partie de l'entreprise d'assurance qui sera maintenue, leur évaluation devra se fonder sur les valeurs ayant trait à la continuité de l'exploitation. Pour ce qui est de l'établissement régulier des comptes, il y aura lieu d'appliquer les principes correspondants fixés à l'art. 958c CO. Il faudra cependant tenir compte également des particularités pouvant résulter du droit prudentiel.

L'al. 1, let. c, pose le principe selon lequel aucun créancier ne doit supporter de pertes plus importantes que celles qu'il subirait en cas de faillite assurantielle (*no creditor worse off than in liquidation*). L'application de ce principe requiert que l'on compare le dividende potentiel de la faillite et la valeur de la participation (et des éventuelles autres prestations) en cas d'assainissement. Pour comparer ces valeurs, la FINMA disposera certes d'une grande marge d'appréciation, mais devra tenir compte des particularités des différentes couvertures d'assurance. Les assurés peuvent par exemple avoir intérêt à ce que leur contrat d'assurance soit maintenu, cet intérêt étant toutefois difficile à quantifier. La couverture de l'assurance-maladie complémentaire en est un bon exemple. Si leur contrat est résilié, les assurés risquent, selon les circonstances, de ne pas retrouver une couverture d'assurance équivalente auprès d'une autre assurance, en raison de leur âge ou de leurs problèmes de santé. C'est pourquoi il sera possible, aux fins de ce calcul comparatif, de tenir compte non seulement des intérêts financiers quantifiables, mais aussi d'autres intérêts des assurés.

Un autre exemple des difficultés que peut présenter ce calcul comparatif est la question de savoir ce qui, entre une prestation en capital et une rente, a le plus de valeur pour les assurés. Cela peut dépendre à la fois de la situation personnelle de l'assuré et d'autres facteurs, comme l'évolution à venir de la conjoncture. Il n'est donc pas possible de répondre à cette question de manière générale, et c'est pourquoi il doit être permis d'effectuer le calcul comparatif en ignorant les événements futurs, qui sont incertains par nature.

En ce qui concerne les liens entre les actifs, les passifs et les contrats, il faut veiller à ce que le plan d'assainissement tienne compte du rapport qui existe dans une entreprise d'assurance entre des actifs et des passifs bien précis (p. ex. gestion des actifs et des passifs, contrats de couverture destinés à atténuer certains risques). Un plan d'assainissement judicieux doit prendre en considération ces interdépendances et prévoir des solutions cohérentes pour ce qui est des liens entre les actifs, les passifs et les contrats.

Art. 52k Refus du plan d'assainissement

Un assainissement ne peut être imposé purement et simplement aux créanciers, en raison de l'atteinte considérable qu'il peut porter aux droits de ces derniers du fait, par exemple, de la réduction ou de la conversion des créances ou d'un sursis au paiement. Si les mesures d'assainissement affectent directement les droits des créanciers, l'al. 1 prévoit que la FINMA doit fixer, au plus tard au moment de l'homologation, un délai dans lequel les créanciers peuvent refuser le plan d'assainissement.

La FINMA est tenue d'impliquer les créanciers aussi tôt que possible. Il ne sera cependant pas toujours possible de les informer avant l'homologation du plan d'assainissement, car une information concernant des mesures possibles, mais non encore définitives, peut, dans certains cas, encore accroître l'insécurité. L'effet d'apaisement visé ne peut alors être obtenu qu'au moment où le plan d'assainissement est homologué. Si elle n'est communiquée qu'à ce moment-là, l'information est donnée sous réserve d'un éventuel refus du plan d'assainissement par les créanciers.

Si la moitié des créanciers connus refusent le plan d'assainissement, la FINMA ordonnera la faillite de l'entreprise d'assurance conformément aux dispositions de la

d'une action paulienne visée aux art. 285 ss LP. C'est pourquoi ces actions doivent être exclues également, et les personnes dont les droits sont restreints, renvoyées à la compensation visée à l'art. 52c, al. 3, ainsi qu'à la procédure de recours prévue à l'art. 54d.

Al. 4

Les art. 286 à 288 LP permettent de demander la révocation d'actes juridiques accomplis pendant une période déterminée précédant la saisie ou la déclaration de faillite. Étant donné que l'assainissement d'une entreprise d'assurance, comme celui d'une banque, ne se conclut ni par une saisie ni par une faillite, le calcul des délais ne doit pas se fonder sur le moment de la saisie ou de l'ouverture de la faillite, mais reposer sur la date à laquelle la FINMA a homologué le plan d'assainissement (cf. al. 4). Toutefois, si la FINMA a ordonné précédemment l'application de l'une des mesures de sûreté visées à l'art. 51, al. 2, let. a, b, d, e et i, c'est le moment où cette mesure a été ordonnée qui est déterminant.

Al. 6

En l'absence d'une disposition de renvoi analogue à l'art. 39 LB, l'al. 6 renvoie directement, pour ce qui est de l'exercice de prétentions en matière de responsabilité, aux dispositions du droit de la société anonyme régissant la responsabilité (art. 752 à 760 CO).

Section 2b

Faillite assurantielle

Art. 53

Ouverture de la faillite

Cette disposition est modifiée du fait de l'instauration de la réglementation relative à l'assainissement, mais son contenu matériel reste le même. Elle correspond à l'art. 33 LB. L'introduction de l'art. 51a rend caduque la première partie de l'actuel al. 1, qui pose comme condition l'existence de raisons sérieuses faisant craindre un surendettement ou des problèmes de liquidités. Il en va de même de l'actuel al. 2.

Art. 54

Effets et procédure

Par souci de clarté, le terme vague et équivoque de «mesures» est supprimé de l'al. 3. L'al. 4 qui est ajouté donne à la FINMA la compétence de déterminer de façon plus détaillée les modalités de la procédure de faillite assurantielle.

Art. 54a

Créances d'assurés nées de contrats d'assurance

Par souci de clarté également, la terminologie de cette disposition est uniformisée, moyennant l'adoption d'une nouvelle formulation, à savoir «créances d'assurés nées de contrats d'assurance». Celle-ci indique clairement que seuls les assurés bénéficient d'un privilège et que ce dernier se limite aux créances nées d'un contrat d'assurance. Les contreparties (partenaires contractuels) n'étant pas mentionnées, elles sont exclues de ce privilège.

Al. 2

L'al. 2 prévoit l'octroi d'un privilège général aux assurés, compte tenu de la hiérarchie des créanciers définie dans la LP. Dérogeant à la LP, il dispose toutefois que les créances d'assurés nées de contrats d'assurance prendront certes rang dans la deuxième classe de ladite hiérarchie, mais qu'elles ne seront remboursées à partir de la masse en faillite qu'une fois réglées toutes les autres créances de cette classe. À noter en outre que les créances garanties par une fortune liée en vertu de l'art. 17 continueront de bénéficier d'un privilège particulier et seront remboursées en priorité, avant même que l'ordre de collocation des créanciers ne prenne effet (cf. actuel art. 54a, al. 2, et commentaire de l'art. 54a^{bis} ci-dessous).

*Art. 54a^{bis} Fortune liée**Al. 1*

L'al. 1 est repris de l'actuel art. 54a, al. 2, mais modifié en ceci qu'un éventuel excédent de produit provenant de la vente d'une fortune liée sera d'abord réparti au prorata entre les autres fortunes liées de l'entreprise d'assurance. Ce n'est que lorsque toutes les créances garanties par une fortune liée auront été remboursées que le solde éventuel sera versé à la masse en faillite.

Al. 2

Cette disposition habilite le liquidateur de la faillite à rembourser individuellement des créances d'assurés garanties par une fortune liée avant que l'état de collocation n'entre en force. Prévues à l'heure actuelle à l'art. 35, al. 2, OFA-FINMA, cette compétence sera dorénavant inscrite dans la LSA, sous une forme légèrement modifiée. Elle se traduira par une nette accélération des remboursements, car il ne sera plus nécessaire d'attendre l'entrée en force de l'état de collocation. À défaut, le remboursement des créances pourrait être bloqué pendant des années. Son exécution est néanmoins limitée, dans la mesure où elle doit garantir l'égalité de traitement de tous les assurés sur le plan financier (let. a). Cela signifie qu'au terme de la procédure, le dividende de la faillite devra avoir été versé aux assurés conformément à la part à laquelle ceux-ci ont droit. Par conséquent, le liquidateur de la faillite devra faire une estimation du montant total des créances. De ce fait, il est possible que les prestations d'assurance soient remboursées, dans un premier temps, uniquement à hauteur d'un certain pourcentage au lieu de l'être dans leur intégralité (cette méthode garantit le respect du principe d'égalité de traitement sur le plan financier même dans le pire des scénarios [*worst case scenario*]). En revanche, il n'est pas obligatoire de désintéresser tous les assurés simultanément. Le remboursement des créances est soumis à une autre condition, à savoir qu'il aura lieu si, après avoir effectué un examen provisoire des créances, le liquidateur de la faillite arrive à la conclusion que l'admission du montant à payer dans l'état de collocation se justifie (let. b). Cette disposition garantit donc que les créances seront remboursées dans leur intégralité ou en partie seulement si le liquidateur de la faillite les a examinées et qu'il considère leur remboursement comme justifié.

Al. 3

Cette disposition prévoit que le liquidateur de la faillite devra exiger la restitution des remboursements effectués à tort. De plus, s'il apparaît qu'il a enfreint ses obligations intentionnellement ou par négligence grave, le liquidateur de la faillite devra répondre des dommages causés à la masse en faillite par les paiements concernés.

Art. 54b *Assemblée des créanciers et commission de surveillance*

Les modifications apportées à cet article sont de nature purement linguistique.

Art. 54b^{bis} *Engagements contractés lors de mesures de sûreté*

Cette disposition correspond à l'art. 37 LB. Elle prévoit qu'en cas de faillite assurantielle, les engagements que cette dernière a eu le droit de contracter pendant la durée d'exécution des mesures ordonnées par la FINMA ou pendant la durée de la procédure d'assainissement devront être remboursés avant tous les autres. Ces créances sont donc assimilées à des dettes de la masse en faillite. La priorité qui leur est ainsi donnée facilite la poursuite des activités de la société pendant la procédure d'assainissement. À défaut, l'entreprise d'assurance devant être assainie risquerait de ne pas trouver de partenaires contractuels, en raison du risque de défaillance qu'elle présente, ce qui compromettrait son assainissement.

Section 2c *Procédure*

Art. 54d *Statut des créanciers et des propriétaires lors de mesures en cas d'insolvabilité*

Dans la loi en vigueur, l'art. 54e régit seulement les droits de recours qui ont trait à la procédure de faillite. L'instauration d'une réglementation complète en matière d'insolvabilité requiert d'étendre le champ d'application de cette disposition, par analogie avec l'art. 24 LB. Celle-ci change en outre de numéro et devient l'art. 54d dans la LSA révisée. Les mesures de sûreté prévues à l'art. 51 ne tomberont sous le coup de cette disposition que si elles sont ordonnées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité fondée sur l'art. 51a, al. 1. C'est pourquoi le titre de l'article est également modifié. Cette disposition a par ailleurs déjà été adaptée du fait de l'adoption de la LEFin. Dans le cadre de la présente révision de la LSA, elle est en outre étendue aux nouvelles dispositions de procédure du droit de l'assainissement et de la faillite.

Selon l'al. 1, les créanciers et les propriétaires d'une entreprise d'assurance (ou d'une société d'un groupe ou d'un conglomérat significative) pourront recourir uniquement contre l'homologation du plan d'assainissement (cf. art. 52j), les opérations de réalisation et l'approbation du tableau de distribution et du compte final (cf. art. 54c dans la version de la LEFin). En cela, l'art. 54d, al. 1, est analogue à l'art. 24, al. 2, LB, applicable en cas d'insolvabilité d'une banque. Le délai de recours contre l'homologation du plan d'assainissement est de dix jours et commence à courir le jour suivant la publication des grandes lignes du plan prévue à l'art. 52j, al. 3 (al. 3). Quant au délai de recours contre l'approbation du tableau de distribution ou du compte final, il commence à courir le jour suivant la fin de la période de consultation prévue à

l'art. 54c, al. 2 (al. 4). Comme le délai de recours contre les opérations de réalisation, il doit être fixé conformément aux dispositions correspondantes de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Contrairement à la procédure d'assainissement, ces deux dernières situations ne présentent en général aucune urgence particulière.

Art. 54e Recours contre l'homologation du plan d'assainissement

Cet article régit la procédure de recours contre l'homologation du plan d'assainissement. L'al. 1 dispose que les recours visant la suppression du plan d'assainissement ne sont pas admis. Il permet ainsi d'éviter que ne s'installe une longue période d'insécurité quant à la validité juridique d'un plan d'assainissement, ce qui compromettrait l'assainissement lui-même. Selon l'al. 2, les recours contre l'homologation du plan d'assainissement pourront être admis uniquement si les mesures arrêtées dans ce plan sont moins favorables au créancier ou au propriétaire recourant que l'ouverture immédiate de la faillite assurantielle. L'étendue du préjudice est ainsi clairement délimitée, ce qui permet d'éviter d'avoir à effectuer des évaluations d'une extrême difficulté pour déterminer s'il existe une solution d'assainissement meilleure que le plan d'assainissement contesté. L'al. 2 précise en outre que s'il obtient gain de cause, le créancier ou le propriétaire devra être «indemnisé» au moyen d'une compensation. Le cas échéant, le tribunal pourra soit déterminer cette compensation directement, soit ordonner à la FINMA d'en fixer le montant dans un supplément au plan d'assainissement. L'essentiel est que cette compensation soit versée par l'entreprise d'assurance concernée.

Art. 54f Effet suspensif

Cette disposition correspond à la base légale en vigueur en matière de faillite (art. 54e, al. 3, LSA publié dans la LEFin). L'art. 54f étend cette réglementation aux nouvelles mesures de sûreté prévues en cas d'insolvabilité, ainsi qu'à la procédure d'assainissement.

S'il existe des raisons sérieuses d'admettre qu'une entreprise d'assurance est surendettée ou a des problèmes de liquidités importants et que la FINMA ordonne des mesures de sûreté, une procédure d'assainissement ou la faillite assurantielle, conformément à l'art. 51a, al. 1, les éventuels recours formés contre ces procédures n'auront en principe pas d'effet suspensif. Le juge instructeur pourra toutefois octroyer l'effet suspensif sur demande, sauf pour les recours contre l'homologation du plan d'assainissement.

Art. 54g Fonds national de garantie

Bien que le Fonds national de garantie (FNG) n'ait pas de droits de créance directs sur l'entreprise d'assurance devant être assainie ou ayant fait faillite, son obligation de paiement dépend directement de l'issue de la procédure d'insolvabilité. C'est pourquoi il y a lieu de lui accorder les mêmes droits qu'à un créancier si, à cause de l'insolvabilité d'une entreprise d'assurance, il doit remplir la tâche prévue à l'art. 76, al. 4, let. b, LCR.

Art. 54h Reconnaissance des décisions de faillite et des mesures prononcées à l'étranger

En ce qui concerne la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures en cas d'insolvabilité prononcées à l'étranger ainsi que la coordination avec les procédures étrangères, le droit en vigueur (art. 54d) renvoie aux art. 37f et 37g LB. Les dispositions proposées dans les art. 54h et 54i améliorent la transparence et réglementent, directement dans la LSA, la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures en cas d'insolvabilité, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer à la LB.

L'art. 54h reprend les règles actuelles concernant la reconnaissance des décisions de faillite et des mesures prononcées à l'étranger, autrement dit les règles appliquées en vertu du renvoi à l'art. 37g LB. Il ne présente aucune modification matérielle par rapport au droit en vigueur, à une exception près. L'al. 2, let. a, prévoit en effet que la condition du traitement équivalent à l'étranger s'appliquera non seulement aux créances garanties par gage et aux créances privilégiées en vertu de l'art. 219 LP détenues par des créanciers domiciliés en Suisse, comme c'est le cas actuellement, mais également aux créances nées de contrats d'assurance et garanties conformément à l'art. 17. L'inscription de ces règles dans la LSA permet d'y réglementer explicitement le privilège accordé à la fortune liée dans le cadre de la reconnaissance et de combler ainsi une lacune.

Art. 54i Coordination avec des procédures ouvertes à l'étranger

Cette disposition est proposée en lieu et place du renvoi à l'art. 37f LB. Reprenant ledit art. 37f LB, il ne présente donc aucune modification matérielle par rapport à ce dernier.

Section 3 (titre, art. 55 et 56)

En raison de l'instauration des dispositions régissant la procédure d'assainissement, les art. 55 et 56 sont obsolètes et doivent donc être abrogés. Ils prévoient la possibilité, en cas d'insolvabilité et malgré l'ouverture de la faillite, de maintenir les contrats d'assurance sur la vie. Ce maintien vise à préserver la validité des contrats une fois que l'insolvabilité a été surmontée, moyennant le transfert de ces derniers à une autre entreprise d'assurance. dérogeant au droit de la faillite, cette solution ne sera plus nécessaire à l'avenir. En cas d'insolvabilité et de possibilité de transfert des contrats d'assurance à une autre société, il sera en effet possible de recourir à la procédure d'assainissement, plus appropriée. C'est pourquoi les art. 55 et 56 doivent être abrogés.

Art. 67 Garantie d'une activité irréprochable

Définie légalement depuis l'adoption de la LEFin (cf. commentaire de l'art. 10 LEFin), la pratique reconnue de la FINMA en matière d'autorisation sera désormais inscrite expressément dans la LSA, de même qu'elle l'a été dans les autres lois sur les marchés financiers. En clair, l'établissement assujéti, en l'occurrence le groupe d'assurance, devra lui aussi offrir la garantie d'une activité irréprochable. De plus, le com-

plément apporté aux renvois indique clairement que les règles régissant les modifications du plan d'exploitation arrêtées à l'art. 5, al. 1, s'appliquent aussi au groupe d'assurance, ce qui va d'ailleurs de soi.

Art. 69 Solvabilité

Non seulement chaque entreprise d'assurance appartenant à un groupe devra respecter à titre individuel les prescriptions en matière de solvabilité édictées aux art. 9 à 9b, mais également le groupe d'assurance dans son ensemble. Cette obligation garantit que l'intégralité du capital porteur de risque du groupe d'assurance sera à tout moment suffisant pour couvrir les risques auxquels le groupe est exposé.

Art. 71 Obligation de renseigner

L'obligation de renseigner et d'annoncer arrêtée à l'art. 29 LFINMA s'applique également aux sociétés du groupe significatives visées à l'art. 71^{bis}, ainsi qu'aux personnes physiques ou morales qui, dans le cadre d'une externalisation, remplissent des fonctions importantes pour les sociétés du groupe précitées.

Art. 71^{bis} Plan d'exploitation

Al. 1

En vertu de cette disposition, la lettre G du plan d'exploitation s'appliquera désormais aussi à la société mère du groupe, afin que le personnel de direction de la société holding ou du siège principal puisse aussi être assujéti à une obligation d'approbation.

La FINMA aura en outre la possibilité de déclarer, par voie de décision, que les règles concernant la lettre G du plan d'exploitation s'appliquent aux autres sociétés du groupe significatives.

Al. 2

Formulé sous une forme potestative, l'al. 2 indique que la FINMA devra faire usage de cette compétence seulement si cela paraît judicieux compte tenu des circonstances.

Art. 75 Garantie d'une activité irréprochable

Définie légalement depuis l'adoption de la LEFin (cf. commentaire de l'art. 10 LEFin), la pratique reconnue de la FINMA en matière d'autorisation sera désormais inscrite expressément dans la LSA, de même qu'elle l'a été dans les autres lois sur les marchés financiers. En clair, l'établissement assujéti, en l'occurrence le conglomérat d'assurance, devra lui aussi offrir la garantie d'une activité irréprochable. De plus, le complément apporté aux renvois indique clairement que les règles régissant les modifications du plan d'exploitation arrêtées à l'art. 5, al. 1, s'appliquent aussi au conglomérat d'assurance, ce qui va d'ailleurs de soi.

Art. 77 Solvabilité

Reprenant la formulation de l'art. 9, al. 1, les modifications proposées à l'al. 1 indiquent clairement que les dispositions relatives à la solvabilité s'appliquent aux conglomérats d'assurance exactement de la même manière qu'aux entreprises d'assurance individuelles. Les exigences sont identiques, ce qui ressort du renvoi aux art. 9 à 9b mentionné à l'al. 2.

Art. 79^{bis} Plan d'exploitation

Al. 1

En vertu de cette disposition, la lettre G du plan d'exploitation s'appliquera désormais aussi à la société mère du conglomérat, afin que le personnel de direction de la société holding ou du siège principal puisse aussi être assujéti à une obligation d'approbation. La FINMA aura en outre la possibilité de déclarer, par voie de décision, que les règles concernant la lettre G du plan d'exploitation s'appliquent aux autres sociétés du conglomérat significatives.

Al. 2

Formulé sous une forme potestative, l'al. 2 indique que la FINMA devra faire usage de cette compétence seulement si cela paraît judicieux compte tenu des circonstances.

Chapitre 7 Remise de documents au preneur d'assurance

Les nouvelles dispositions relatives à la remise de documents s'inspirent de celles qui sont prévues aux art. 72 et 73 LSFIn pour les prestataires de services financiers.

Art. 80 Droit

L'application efficace du droit passe impérativement par une connaissance suffisante de la relation commerciale ou juridique concernée, tant par l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance que par le preneur d'assurance. C'est pourquoi cette disposition prévoit que le preneur d'assurance a droit à la remise d'une copie de son dossier, ainsi que de tous les documents établis par l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance dans le cadre de la relation d'affaires. Elle comble ainsi une lacune du droit en vigueur en matière de protection des clients, dans la mesure où le droit à la remise de documents ne découle pas des principes généraux relevant du droit des contrats, tels que le principe de la bonne foi notamment. Le droit à la remise de documents concernera aussi bien ceux qui ont été établis sur papier que les documents, les fichiers de données ou les écrits de toute nature tenus électroniquement, dans la mesure où il s'agit d'informations et de documents déterminants que l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance a l'obligation de tenir (cf. p. ex. art. 30b, 39h, 45 et 45a). Feront cependant exception les documents purement internes, tels que les études préparatoires, les notes ou les projets (de contrats), pour lesquels aucune obligation d'information et de documentation n'existe et qui ne sont par conséquent pas pertinents lorsqu'il s'agit de vérifier si le comportement de l'intermédiaire ou de l'entreprise d'assurance est conforme à la

loi ou au contrat (cf. ATF 139 III 49 consid. 4). Fera également exception la correspondance échangée avec l'organe de médiation à propos d'un litige, même si elle doit être versée au dossier du client.

Al. 2

Sous réserve d'un accord contraire, l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance aura l'obligation, si le preneur d'assurance en fait la demande, de lui remettre une copie physique des documents ou de lui fournir les données électroniques sous une forme accessible physiquement.

Art. 81 Procédure

Al. 1

Le preneur d'assurance devra faire valoir son droit à la remise de documents en adressant une demande écrite à l'intermédiaire ou à l'entreprise d'assurance, qui disposera d'un délai de 30 jours pour lui faire parvenir une copie des documents souhaités.

Al. 2

La première remise de documents crée la transparence nécessaire entre les parties prenantes à la relation contractuelle, et le versement d'une indemnité ou le remboursement des frais occasionnés ne se justifie pas. De plus, l'obligation de remettre les documents est liée directement aux obligations de documenter, de rendre compte et d'informer relevant du droit de la surveillance, qui doivent de toute façon être remplies.

Al. 3

Le refus de l'intermédiaire ou de l'entreprise d'assurance de remettre tout ou partie des documents au preneur d'assurance pourra, en cas de litige ultérieur opposant les mêmes parties, être pris en considération dans la décision sur les frais de procès. Il pourrait en effet amener le preneur d'assurance à agir en justice de bonne foi.

Chapitre 7a Médiation

Art. 82 Principe

«Concilier d'abord, juger ensuite». Ce principe largement éprouvé, qui figure depuis longtemps dans le code de procédure civile (cf. art. 197), sera inscrit expressément dans la loi pour ce qui est des litiges de droit civil entre les intermédiaires ou les entreprises d'assurance et les preneurs d'assurance.

Ce principe est au demeurant conforme aux normes reconnues sur le plan international, notamment les recommandations du G20 et de la Banque mondiale⁴, ainsi qu'au

⁴ *G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection*, octobre 2011; Banque mondiale, *Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman*, janvier 2012

droit de l'UE⁵. Compte tenu des particularités matérielles et juridiques de ces litiges, les procédures de médiation seront menées par des organes de médiation idoines, semblables à ceux qui existent déjà dans le secteur de l'assurance privée, notamment l'Ombudsman des assurances (cf. ch. 3.1.4 plus haut). Ces organes de médiation n'auront toutefois aucun pouvoir de décision. Les procédures de conciliation auront pour objet des litiges portant non seulement sur des créances, mais aussi sur tout type de droit inscrit dans la loi, comme le droit à la remise de documents.

Art. 83 Organe de médiation

Al. 1

Pour qu'un litige puisse être porté devant un organe de médiation, il faudra que l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance non lié concernés soient affiliés à un tel organe. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose d'inscrire dans la loi, dans le secteur de l'assurance également, l'obligation pour les entreprises ou les intermédiaires d'assurance de s'affilier à un organe de médiation. La preuve de l'affiliation conditionnera, pour les intermédiaires d'assurance, l'inscription au registre des intermédiaires d'assurance (art. 42, al. 2, let. e) et, pour les entreprises d'assurance, l'agrément (art. 6, al. 1).

Al. 2

Adoptée en été 2018, la LSFIn contient sous son titre 5 une réglementation relative aux organes de médiation. Les dispositions correspondantes sont applicables, du point de vue tant de leur conception que de leur contenu, aux organes de médiation de n'importe quelle branche, y compris en dehors des marchés financiers. Leur application au secteur de l'assurance ne nécessite donc pas leur reprise dans la LSA. Il suffit d'un renvoi à la LSFIn, tel que celui-ci est proposé à l'al. 2. Ainsi, s'appliqueront par analogie les dispositions de la LSFIn régissant notamment:

- la procédure (art. 75 et 76 LSFIn);
- l'obligation de participation (art. 78 LSFIn);
- la participation financière (art. 80 LSFIn);
- l'admission et l'exclusion (art. 81 à 83 LSFIn), et
- la reconnaissance par le DFF (art. 84 LSFIn).

Chapitre 7b Décisions sur les tarifs et tribunaux

Art. 84 Décisions sur les tarifs

Le titre de l'article est modifié par souci de clarté et pour qu'il ait directement trait au contenu des dispositions. L'article lui-même reste inchangé.

⁵ Cf. directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC), JO L 165 du 18.6.2013, p. 63, ainsi qu'art. 53, par. 1, MiFID.

Art. 86 *Contraventions*

L'al. 1 est remanié dans son intégralité. Il s'agit en l'occurrence de tenir compte du principe que le Parlement a suivi pour l'élaboration de la LSFIn, à savoir que le droit de la surveillance des marchés financiers doit si possible fonder la garantie de la conformité des comportements avec la loi essentiellement sur des instruments prudentiels plutôt que sur des dispositions pénales (cf. à ce sujet art. 89 à 92 LSFIn). En accord avec ce principe, il est également proposé de réduire le montant des amendes.

Vu ce qui précède, les let. a, c, d et f sont abrogées.

La nouvelle let. a prévoit une peine à l'encontre des entreprises non assujetties à la surveillance qui violent leurs obligations d'informer, essentielles à la protection des preneurs d'assurance.

La let. b est maintenue, car les obligations d'annoncer visées par cette disposition pénale devront être remplies non seulement par les assujettis, mais également par les personnes détenant une participation dans l'entreprise d'assurance. Sans menace de peine, ces obligations resteraient lettre morte pour ces personnes. De plus, le maintien de cette menace à l'égard des assujettis se justifie par le fait que sa levée se traduirait par une inégalité de traitement considérable des participants au marché.

La disposition de la let. e est maintenue, mais déplacée à la let. c. Ainsi, la violation d'une obligation d'informer prévue à l'art. 45 restera constitutive d'une infraction, afin notamment que le statut d'intermédiaire d'assurance continue à être protégé sur le plan pénal.

Art. 87 *Délits*

Les dispositions pénales des let. a et b ne sont pas modifiées quant à leur contenu, mais sont formulées plus précisément, sur le modèle de l'art. 41.

En application du principe déjà suivi par le Parlement lors de l'élaboration de la LSFIn, à savoir que la conformité des comportements avec la loi doit être garantie si possible essentiellement au moyen d'instruments prudentiels (cf. plus haut), l'omission de l'annonce ou l'annonce tardive de modifications du plan d'exploitation ne sera plus punissable. L'actuelle let. b est donc abrogée.

Les délits visés à l'al. 1, let. c et d, restent inchangés.

Art. 90a *Dispositions transitoires concernant la modification du [...]*

Un délai de six mois suivant l'entrée en vigueur de la présente modification sera accordé sans distinction à toutes les entreprises d'assurance, afin que celles-ci puissent se mettre en conformité avec les nouvelles exigences légales.

Ainsi, les succursales d'entreprises de réassurance étrangères devront se soumettre à la surveillance de la FINMA dans le délai indiqué ou, à défaut, cesser leur activité (al. 1). Cette solution permet de préserver l'ouverture du marché, en ceci que l'offre transfrontalière de couvertures de réassurance ne sera pas restreinte, conformément au principe de la libre circulation des services. L'entreprise de réassurance devra toutefois décider si elle entend exploiter une succursale en Suisse ou non.

Toutes les entreprises d'assurance disposeront en outre de ce même délai de six mois pour déclarer, à l'aide du formulaire K, si elles exercent leur activité sur le marché de gros ou en tant que captives et si elles entendent conclure des contrats avec des preneurs d'assurance non professionnels (al. 2).

De plus, les entreprises d'assurance étrangères qui entendent exercer ou exercent déjà une activité d'assurance en Suisse devront aussi inscrire leur succursale au registre du commerce dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de la modification (al. 3).

Quant aux entreprises d'assurance ayant leur siège en Suisse et disposant d'une fortune liée en garantie de portefeuilles d'assurance de succursales étrangères, elles bénéficieront du même délai pour dissoudre cette fortune liée et en informer les assurés concernés. Cette information sert la protection des assurés, qui sauront ainsi que les éventuelles créances nées de leur contrat d'assurance ne sont plus couvertes par une fortune liée (al. 4).

Enfin, les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance non liés disposeront également d'un délai de six mois pour s'affilier à un organe de médiation (al. 5).

4.2 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière

Art. 76 Fonds national de garantie

Conformément au droit en vigueur, le FNG verse des prestations dans le secteur de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles uniquement en cas de faillite de l'entreprise d'assurance (art. 76, al. 2, let. b). La modification proposée tenant compte des nouvelles dispositions de la LSA, le FNG sera désormais également tenu de verser des prestations lorsqu'une procédure d'assainissement sera introduite ou lorsque certaines mesures de sûreté destinées à couvrir un risque d'insolvabilité seront ordonnées. La modification proposée n'étend pas le champ d'application de l'obligation incombant au FNG de verser des prestations en cas de risque d'insolvabilité. Contrairement à l'heure actuelle, la couverture garantie par le FNG en cas de faillite sera cependant limitée. L'étendue de cette limitation sera précisée dans l'ordonnance du 20 novembre 1959 sur l'assurance des véhicules (OAV; RS 741.31). Enfin, il est proposé de remanier l'article sur le plan linguistique et d'en revoir la structure, afin d'en améliorer la lisibilité.

Al. 1 et 2

L'al. 1 correspond au droit en vigueur pour ce qui est de son contenu. À des fins d'amélioration de la lisibilité, il est amputé de la proposition relative, qui constitue le nouvel al. 2.

Al. 3 et 5

Correspondant à l'al. 2 actuel, l'al. 3 régit les tâches du FNG, qui seront précisées par le Conseil fédéral dans l'OAV, conformément à l'al. 5. Devront être réglées au niveau de l'ordonnance en particulier, selon l'al. 5, let. b, l'étendue maximale de la couverture en cas de faillite ou d'assainissement (cf. al. 4) et, selon l'al. 5, let. e, la procédure applicable en matière de règlement préférentiel des prétentions exercées contre le FNG dans les procédures de faillite assurantielle.

Al. 4

L'al. 4 reprend les règles de l'actuel al. 2, let. b, relatives à la couverture en cas d'insolvabilité. Les dispositions de la let. a y apportent toutefois deux modifications. Ainsi, le FNG n'interviendra qu'à la fin d'une procédure de faillite assurantielle. Le lésé pourra alors lui présenter l'acte de défaut de biens qui lui aura été délivré pour la partie du dommage non couverte par la masse en faillite, afin que le FNG l'indemnise de cette perte. Cette nouvelle réglementation ne change donc rien au privilège que la LCR accorde à la victime d'un accident de la route.

Étant donné toutefois qu'une procédure de faillite assurantielle ordinaire peut durer plusieurs années, le paiement de l'intégralité du dommage sera nettement retardé par rapport au modèle actuel. La nouvelle réglementation proposée à la let. a en matière de procédure et de couverture permet d'éviter que les victimes d'accidents de la route ne soient ainsi désavantagées par rapport à la situation actuelle, puisque cette réglementation prévoit un règlement préférentiel des prétentions exécutoires. Le système envisagé vise à permettre à la victime d'un accident de la route de recevoir de l'administrateur de la faillite une attestation indiquant, en pourcentage, à combien s'élèvera l'acompte (cf. plus haut le nouvel art. 54^{bis} LSA). La victime pourra alors présenter cette attestation au FNG, afin que celui-ci prenne en charge la part des prétentions exécutoires non couvertes par l'acompte. La victime sera ainsi indemnisée, rapidement et sans complications bureaucratiques, de l'intégralité du dommage direct subi. Ce processus lui sera donc plus favorable, car ses prétentions seront réglées plus rapidement que si seul l'acompte lui est versé et qu'elle doit ensuite attendre la délivrance de l'acte de défaut de biens.

La let. b régit l'obligation incombant au FNG de verser des prestations en cas d'assainissement. Dans le cadre de la procédure d'assainissement visée à l'art. 52a de l'avant-projet de LSA, le FNG devra verser au lésé de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles le montant correspondant à la réduction des prestations ordonnée par la FINMA dans le cadre de ladite procédure. Le règlement des sinistres sera toujours du ressort de l'entreprise d'assurance en difficulté. Le FNG lui versera des acomptes périodiques, de manière à ce que tous les sinistres relevant de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles soient indemnisés sans réduction.

Comme le droit en vigueur, cette nouvelle disposition garantit une protection intégrale à la victime d'un accident de la route, quel que soit le cas d'insolvabilité. Enfin, les assurances sociales sont subrogées dans les prétentions de la victime dans la mesure où elles ont indemnisé cette dernière. Leurs prestations doivent donc être coordonnées avec celles du FNG.

Al. 6 et 7

Les actuels al. 4 et 5 restent inchangés sur le fond, mais deviennent les al. 6 et 7.

Al. 8

Comme à l'heure actuelle (cf. al. 6), le FNG sera subrogé dans les droits du lésé lorsqu'il versera une indemnité à ce dernier. L'al. 8 ajoute cependant que les prestations versées par le FNG à la personne lésée en vertu de l'al. 4 libéreront de sa responsabilité le détenteur ou le conducteur du véhicule ayant causé les dommages. Il

ressort a contrario de la deuxième phrase de l'al. 8 que le FNG ne pourra pas intenter d'action récursoire contre le conducteur ou le détenteur du véhicule, puisque celui-ci sera réputé n'avoir commis qu'une négligence légère ou n'être responsable que des risques inhérents à l'utilisation du véhicule. Enfin, le complément apporté par cette deuxième phrase vise à établir clairement que si le FNG est tenu de verser une prestation au lésé, celui-ci ne pourra pas faire valoir la même créance sur le détenteur ou le conducteur du véhicule ayant causé les dommages. Cette disposition se justifie ne serait-ce que parce que le détenteur ou le conducteur ne peut exercer d'action récursoire contre le FNG.

Art. 76a, al. 4^{bis}

Si la FINMA ouvre une procédure d'assainissement ou de faillite contre un assureur en responsabilité civile pour véhicules automobiles, le FNG sera dorénavant tenu de faire une estimation des obligations de paiement auxquelles il y aura lieu de s'attendre et de la présenter dans l'annexe de ses comptes annuels. Le fait de ne pas porter ces obligations au passif du bilan permet d'éviter au FNG de se retrouver en situation de surendettement. Cette pratique est appropriée, car le FNG peut, en se fondant sur l'art. 76a, al. 2, augmenter les contributions qui assurent son financement pour l'année suivante et, grâce à ces recettes supplémentaires, remplir ses obligations sans prendre de mesures d'assainissement.

4.3 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers

Art. 37 Retrait de l'autorisation, de la reconnaissance, de l'agrément ou de l'enregistrement

Selon le message concernant la LSFIn et la LEFin (FF 2015 8101), l'art. 3 LFINMA devait, pour des raisons de sécurité juridique, indiquer clairement que les acteurs du marché financier enregistrés n'étaient pas soumis à la surveillance de la FINMA⁶. Les acteurs visés étaient en l'occurrence surtout les intermédiaires d'assurance, qui, du fait de leur simple enregistrement, sont soumis à une surveillance unique en son genre, en aucun cas comparable à celles qui s'appliquent aux autres assujettis. Or, après que le Parlement a décidé de ne pas inscrire dans la LSFIn les règles de comportement applicables au secteur de l'assurance, l'obligation d'enregistrement a été réintégrée dans l'art. 37 LFINMA, le législateur «oubliant» toutefois de rétablir les dispositions de l'art. 37 LFINMA relatives au retrait. Il s'agit donc de corriger cet oubli en inscrivant de nouveau le terme «enregistrement» à la fois dans le titre et dans le corps de l'art. 37 LFINMA. Cela ne signifie toutefois pas que la FINMA n'a pas le droit de retirer l'enregistrement d'un intermédiaire d'assurance avant l'entrée en vigueur de cette correction. Au contraire, le principe du droit policier en vertu duquel toute autorisation délivrée peut être retirée s'applique même en l'absence d'une base légale explicite.

⁶ FF 2015 8268

5 Conséquences

La révision de la LSA concerne 213 entreprises d'assurance directement assujetties à la surveillance de la FINMA (état: fin de l'année 2017) et tous les intermédiaires d'assurance, qu'ils soient liés ou non, ainsi que les clients et les créanciers de ces établissements. Les modifications proposées sont conformes aux ICP définis par l'AICA et remplissent les exigences de l'UE relatives à l'équivalence de la réglementation applicable au secteur de l'assurance.

L'instauration d'une base légale régissant l'assainissement offre aux entreprises d'assurance en difficulté une autre solution que la procédure de faillite et vise à garantir la continuité des affaires de l'entreprise concernée. Elle a également pour but de protéger les preneurs d'assurance, en particulier ceux qui ont contracté une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale ou une assurance sur la vie, puisqu'elle facilitera le transfert des portefeuilles d'assurance et, partant, le maintien des contrats d'assurance qui composent ces portefeuilles. À l'heure actuelle, les transferts de portefeuilles comptant un grand nombre d'assurés ne sont guère possibles en raison de leur caractère volontaire ou de provisions potentiellement insuffisantes. De plus, les assurés (et les réassurés) bénéficieront d'une position privilégiée dans la hiérarchie des créanciers, devant les créanciers de troisième classe.

Dans le secteur de l'intermédiation d'assurance non liée, les clients privés seront mieux protégés du fait que les intermédiaires d'assurance, quel que soit le type d'assurance concerné, devront être soit exclusivement non liés, soit exclusivement liés. Les intermédiaires d'assurance non liés devront en outre publier toutes les rémunérations qu'ils perçoivent et, conformément aux prescriptions de la FINMA, présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. La protection des clients sera également renforcée en ceci que, sur le modèle de la LFin, la nouvelle LSA obligera tous les prestataires de services d'intermédiation d'assurance à s'affilier à un organe de médiation. Dans le secteur de l'assurance sur la vie qualifiée, les entreprises d'assurance devront en outre observer des obligations d'information supplémentaires. Enfin, les intermédiaires d'assurance liés ne seront plus autorisés à s'inscrire volontairement au registre des intermédiaires de la FINMA, mais conserveront la possibilité de s'inscrire à des registres tenus par des acteurs privés.

Les mesures destinées à la protection des clients imposeront des charges administratives supplémentaires aux intermédiaires d'assurance non liés et aux entreprises d'assurance proposant des assurances sur la vie qualifiées. Il en ira de même pour une trentaine d'entreprises d'assurance, généralement de petite taille, qui devront désormais disposer d'une révision interne. Ces entreprises pourront cependant choisir de se doter de leur propre organe de révision interne ou d'acheter les services correspondants sur le marché. Désormais, la FINMA n'aura plus la compétence de dispenser une entreprise d'assurance de l'obligation d'avoir une révision interne. La suppression de cette compétence s'explique par la nécessité de satisfaire aux exigences de l'UE régissant l'équivalence de la réglementation. De plus, les succursales de réassureurs étrangers seront assujetties à la surveillance de la FINMA, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. L'instauration d'une base légale en matière d'assainissement n'entraînera pas de charges supplémentaires directes pour les assureurs.

À noter encore que le financement des assureurs concernés sera plus avantageux puisque le nouveau modèle de réglementation et de surveillance basé sur la protection des clients n'imposera plus aux clients institutionnels l'obligation de détenir une fortune liée. Il est par ailleurs prévu de donner à la FINMA la compétence de libérer de la surveillance les entreprises d'assurance qui ont un modèle économique innovant, à condition que la protection des assurés n'en soit pas affectée.

La révision de la LSA vise à renforcer globalement l'attrait du secteur suisse de l'assurance et tient compte des exigences de l'UE en matière d'équivalence, créant ainsi des possibilités de croissance. Il n'en résultera pas de tâches ni de coûts supplémentaires pour la Confédération, les cantons et les communes.

Une analyse d'impact de la réglementation plus détaillée figure à l'annexe 1 du présent rapport explicatif.

6 Aspects juridiques

Comme la LSA en vigueur, la LSA (révisée) repose sur les art. 82, al. 1, 98, al. 3, 117, al. 1, et 122, al. 1, de la Constitution. Les modifications de la LCR s'appuient sur les mêmes bases que la loi elle-même.

Le projet de révision commenté dans le présent rapport est compatible avec l'accord du 10 octobre 1989 sur l'assurance directe conclu entre la Suisse et l'UE, ainsi qu'avec les autres obligations internationales de la Suisse. Il est en outre conforme aux ICP définis par l'AICA.

6.1 Protection des données

L'instauration de l'art. 42a créera une base légale autorisant la FINMA à transmettre à des tiers les données du registre des intermédiaires d'assurance non liés qu'elle est chargée de tenir, ou à en permettre la consultation à des tiers au moyen d'une interface.

6.2 Délégation de compétences législatives

Le projet de révision commenté dans le présent rapport délègue de nouvelles compétences législatives au Conseil fédéral et en modifie certaines existantes. Les compétences en question figurent aux articles suivants:

art. 2, al. 4, let. b, 2a, al. 2, 9b, 20, 39b, al. 4, 39c, al. 2, 39d, 39i et 42, al. 4, LSA ainsi qu'art. 76, al. 5, let. d, LCR.