



*Ce texte est une version provisoire. Seule la version qui
sera publiée dans la Feuille fédérale fait foi.*

20.xxx

**Message
concernant la modification de la loi sur la surveillance des
assurances (LSA)**

du ...

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons un projet d'une modification de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances¹, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Simonetta Sommaruga
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

¹ RS 961.01

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 présent projet vise à l'adapter aux évolutions en cours dans certains domaines depuis quelques années.

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 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, lorsqu'elles sont insolvables, puissent le cas échéant être assainies plutôt que liquidées obligatoirement, comme le droit en vigueur le prévoit. Cette possibilité permettra de tenir compte 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 prévoit 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 ou partiellement 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. À l'avenir, une feuille d'information de base sera nécessaire pour ces produits. 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'adjonction de titres de section.

Table des matières

Condensé	2
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	5
2 Consultation (résultats et appréciation)	5
3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	7
4 Présentation du projet	8
4.1 Réglementation proposée	8
4.1.1 Assainissement des entreprises d’assurance	8
4.1.2 Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients	9
4.1.3 Règles de comportement applicables aux intermédiaires d’assurance	10
4.1.4 Système de médiation	11
4.1.5 Autres thèmes	12
4.2 Propositions abandonnées suite à la consultation	15
4.2.1 Entreprises de réassurance étrangères ayant une succursale en Suisse	15
4.2.2 Modifications du plan d’exploitation	15
4.3 Mise en œuvre	15
5 Commentaire des dispositions	16
5.1 Loi sur la surveillance des assurances	16
5.2 Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d’assurance	84
5.3 Code de procédure civile	85
5.4 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière	85
5.5 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers	87
6 Conséquences	89
7 Aspects juridiques	90
7.1 Protection des données	90
7.2 Délégation de compétences législatives	90
Abréviations	92
Annexe (<i>comparaison internationale et analyse d’impact de la réglementation</i>)	xx
Texte faisant l’objet du message (<i>loi sur la surveillance des assurances</i>)	xx

Message

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’après l’adoption de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)², 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]³), la LSA n’a jamais été modifiée. Or, au fil du temps, la pratique a montré que des changements s’imposaient, en particulier en ce qui concerne l’assainissement des entreprises d’assurance, mais aussi dans d’autres domaines.

La révision partielle de la LSA tient compte de l’évolution du marché de l’assurance et répond aux exigences que le Parlement a fixées lors de l’examen de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin)⁴. Le projet prévoit en outre des modifications ciblées qui ont pour but de consolider la protection des assurés en accord avec l’évolution du contexte international. Dans l’ensemble, il aboutira à la création d’une réglementation et d’une surveillance différenciées, qui contribueront à la fois à renforcer la compétitivité du secteur suisse de l’assurance et à améliorer la protection des clients.

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 a été annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁵. Il n’apparaît cependant pas dans l’arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁶. La modification de la loi sur la surveillance des assurances figure parmi les objectifs annuels du Conseil fédéral pour l’année 2020 (volume I, p. 5, 14 et 44; volume II, p. 21).

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, du niveau des taux d’intérêt, mais également aux fins de

² RS 961.01

³ RS 956.1

⁴ RS 950.1

⁵ FF 2020 1709

⁶ FF 2020 1839

garantir aux assurés une protection adéquate de leurs intérêts. Lorsqu'il a examiné la LSFfin, 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, assurer l'intégrité de la place financière ainsi qu'une protection adéquate des clients⁷.

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 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 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 et des conglomérats (surveillance des groupes) contribuera à la stabilité du système financier, étant donné que les risques systémiques, dans le secteur de l'assurance, 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 sont réalisées en principe dans une filiale plutôt que dans l'entreprise d'assurance elle-même. À la différence de la surveillance individuelle des entreprises d'assurance, la surveillance des groupes permet de contrôler ces activités financières.

2 Consultation (résultats et appréciation)

Le projet a été mis en consultation du 14 novembre 2018 au 28 février 2019. De manière générale, la majorité des cantons, des partis politiques et des associations faîtières de l'économie l'ont accueilli favorablement. Les organisations des milieux concernés se sont toutefois montrées plus critiques et ont émis des réserves. Les avis sur les points principaux du projet peuvent être résumés et appréciés comme suit:

⁷ Cf. rapport du Conseil fédéral d'octobre 2016 «Politique en matière de marchés financiers pour une place financière suisse compétitive» sous: www.sif.admin.ch > Documentation > Publications > Rapport sur la politique en matière de marchés financiers.

Assainissement des entreprises d'assurance (voir aussi ch. 4.1.1)

De nombreux participants à la consultation se félicitent de la création d'une base légale régissant l'assainissement des entreprises d'assurance. Hormis quelques propositions de précision mineures, seule la compétence de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) en matière de conduite de la procédure d'assainissement est remise en question par certains d'entre eux.

Le projet maintient donc l'essentiel des règles d'assainissement mises en consultation.

Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients (voir aussi ch. 4.1.2)

La proposition de modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients a été bien accueillie par la majorité des participants à la consultation, même si le parti socialiste (PS) et les organisations de protection des consommateurs critiquent ce modèle, voire le rejettent, en raison notamment de la définition de la notion de preneur d'assurance professionnel. La plupart des cantons et quelques représentants des milieux intéressés ne se sont pas exprimés sur ce sujet.

Le projet reprend l'essentiel de la proposition mise en consultation. La définition de la notion de preneur d'assurance professionnel sera harmonisée avec celle qui sera fixée dans la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)⁸, dont la révision aura été adoptée dans l'intervalle.

Règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance (voir aussi ch. 4.1.3)

La majorité des participants à la consultation souscrivent à la définition des notions d'intermédiaire d'assurance lié et d'intermédiaire d'assurance non lié, ainsi qu'à l'interdiction d'exercer à la fois en qualité d'intermédiaire d'assurance lié et en qualité d'intermédiaire d'assurance non lié. Ils soutiennent également les propositions relatives à l'obligation d'enregistrement et aux conditions attachées à l'enregistrement. Les avis sont cependant partagés en ce qui concerne la tenue du registre, la preuve de la formation initiale et continue des intermédiaires d'assurance, ainsi que l'obligation de s'affilier à un organe de médiation. Quant aux dispositions réglant l'obligation d'informer, elles sont largement approuvées, sous réserve des quelques points ayant fait l'objet de critiques. De même, l'obligation de publicité des rémunérations des intermédiaires d'assurance non liés à l'égard des clients est largement soutenue.

La majorité des participants à la consultation se sont déclarés favorables à la réglementation des assurances sur la vie qualifiées, avec cependant de nombreuses réserves. Sont controversés en particulier la définition des produits de l'assurance sur la vie qualifiée, le contenu de la feuille d'information de base ainsi que les obligations d'information des intermédiaires d'assurance.

⁸ RS 221.229.1

En ce qui concerne la définition de la notion d'intermédiaire d'assurance, le projet maintient les propositions mises en consultation. De même, il continue de prévoir que le registre des intermédiaires d'assurance sera tenu par la FINMA. La définition de la notion d'assurance sur la vie qualifiée a par contre été revue compte tenu des résultats de la consultation.

Système de médiation (voir aussi ch. 4.1.4)

L'inscription des organes de médiation dans la loi et l'obligation faite aux entreprises d'assurance et aux intermédiaires d'assurance non liés de s'affilier à un tel organe sont controversés. La majorité des participants à la consultation sont certes favorables à cette proposition, mais les organes de médiation existants ainsi que les organisations de branche et les partis bourgeois la rejettent.

Le projet maintient le système de médiation proposé lors de la consultation. Il s'agit sans aucun doute de l'instrument de règlement des litiges le plus efficace du point de vue des clients. Il pourra être tenu compte des préoccupations exprimées lors de la consultation par l'institution d'un organe de médiation propre aux intermédiaires d'assurance.

Autres thèmes (voir aussi ch. 4.1.5)

La plupart des autres propositions mises en consultation ont été bien accueillies. Les avis sont néanmoins partagés en particulier sur la proposition du Conseil fédéral de libérer les modèles économiques innovants de la surveillance ainsi que sur la nouvelle obligation d'autorisation applicable aux succursales étrangères de réassureurs. Ces points sont commentés plus loin dans le message.

Pour plus de détails sur les avis reçus dans le cadre de la procédure de consultation, nous renvoyons au rapport sur les résultats de la consultation.

3 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Le projet de révision de la LSA commenté dans le présent message 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. Il accorde en outre une grande importance au maintien de l'équivalence avec la réglementation de l'Union européenne (UE) en matière d'assurance. Un commentaire de droit comparé plus détaillé figure dans l'annexe 1.

4 **Présentation du projet**

4.1 **Réglementation proposée**

4.1.1 **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)⁹, 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]¹⁰).

Faute de réglementation, la FINMA peut uniquement ordonner des «mesures protectrices» 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 contrainte dans les faits, en pareille situation, 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 prononcée.

Réglementation proposée

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. Les dispositions proposées en matière d'assainissement s'inspirent

⁹ RS 281.1

¹⁰ RS 952.0

de celles qui s'appliquent aux banques, moyennant quelques adaptations destinées à répondre aux spécificités des assurances.

La base légale régissant l'assainissement doit contenir aussi bien des dispositions formelles que des dispositions matérielles. Sur le plan formel, elle doit habiliter la FINMA à ouvrir et 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 augmentation, ou la conversion de certaines créances en droits de participation (*bail-in*), 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*) devant être respecté.

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. Nous avons déjà souligné que les preneurs d'assurance – à la différence des clients des banques – ont un intérêt prépondérant à ce que leurs contrats d'assurance soient maintenus, notamment parce qu'il peut être très difficile d'en changer dans certaines circonstances. La procédure d'assainissement n'a donc pas pour objectif impératif d'assurer la poursuite des activités de l'entreprise d'assurance concernée. Elle doit viser en priorité le maintien du portefeuille d'assurance, y compris, si nécessaire, par son transfert à une autre entreprise d'assurance. 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.

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

Droit en vigueur

La LSA repose sur la nécessité d'assurer une protection uniforme des assurés. Du point de vue du droit de la surveillance, cela signifie que les besoins de protection des divers assurés (particuliers, PME, gros clients, assureurs directs) ne sont pas systématiquement évalués et différenciés et que les exigences de surveillance ne sont donc pas classées par catégorie. 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 les-

quels 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.

Réglementation proposée

Une fois la LSA révisée, l'intensité de la réglementation et de la surveillance dépendra non plus du *but* des relations d'assurance prépondérantes de l'assureur (assurance directe ou réassurance), mais du *besoin de protection* du preneur d'assurance. Il y a donc lieu de définir plusieurs segments d'assurés. Ainsi, conformément au principe de proportionnalité, 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 spéciale 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 protectrices 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.

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'intensité différenciée de la réglementation n'exposera pas la place financière à des risques inacceptables. Ce système permettra au contraire à la Suisse de rester compétitive sur la scène internationale. En outre, une grande importance sera accordée au maintien de 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 pas, p. ex., 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 bénéficier des allègements prévus appartiendra aux entreprises d'assurance elles-mêmes.

4.1.3 Règles de comportement applicables aux intermédiaires d'assurance

Lorsqu'il a examiné la LSFfin, 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, le but incontesté restant de mettre tous les produits de placement sur un pied d'égalité (*level playing field*). Les assurances risque pur ne tomberont donc pas sous le coup des nouvelles règles. Conformément au mandat du Parlement, le projet qui fait l'objet du présent message 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, le preneur d'assurance devra être informé de la rémunération que l'intermédiaire d'assurance perçoit de tiers pour la fourniture de ses services. Le projet précise en outre 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 seuls les intermédiaires d'assurance non liés entretiennent des rapports de loyauté avec les assurés. Enfin, lors de la distribution d'assurances sur la vie qualifiées, il y aura lieu, comme c'est le cas pour la distribution de produits financiers complexes, de mettre à la disposition des assurés une feuille d'information de base pertinente et aisément compréhensible sur le produit.

4.1.4 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 dispose déjà de deux organes de médiation: la fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la Suva et l'Office de médiation de l'assurance-maladie. Ces deux organes de médiation couvrent une grande partie du marché de l'assurance et ont fait leurs preuves. Il n'y a donc pas lieu de les remettre en question dans le présent projet. Celui-ci comporte néanmoins un élément nouveau: par analogie avec les principes qui s'appliquent aux prestataires de services financiers depuis l'entrée en vigueur de la LSFfin en 2020, toutes les entreprises d'assurance ainsi que les intermédiaires d'assurance auront l'obligation de s'affilier à un organe de médiation. Il est en effet opportun de ne pas limiter cette obligation au secteur de l'assurance sur la vie qualifiée, mais de l'appliquer de manière générale à toutes les entreprises d'assurance, ainsi qu'aux intermédiaires d'assurance non liés. De plus, les organes de médiation devront être agréés par le Département fédéral des finances (DFF), ce qui impliquera – sur le modèle des dispositions correspondantes de la LSFfin – 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 exigences légales minimales mentionnées ci-dessus soient respectées. Il est envisageable que les deux organes de médiation actuels étendent leur champ d'activité à toutes les entreprises d'assurance soumises à l'obligation de s'affilier. Ils ne l'étendraient cependant pas aux intermédiaires d'assurance indépendants, qui pourraient instituer leur propre organe de médiation. De plus, comme le prévoit la LSFfin pour les prestataires de services financiers, en cas d'absence d'organe de médiation, le Conseil fédéral sera habilité à en désigner un. Il est cependant d'ores et déjà certain que les intermédiaires d'assurance ne pourront pas être assignés à l'un

des deux organes de médiation actuels, et qu'il faudra, dans ce cas, trouver une autre institution à laquelle ils puissent être affiliés.

L'idée de renoncer à un organe de médiation pour les intermédiaires d'assurance et de prévoir à la place une obligation de conclure une assurance-responsabilité civile professionnelle avec prolongation de couverture a été rejetée, car les litiges entre intermédiaires d'assurance et preneurs d'assurance seraient alors portés en dernier lieu devant l'entreprise d'assurance concernée. Cette solution aurait en outre 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. L'essentiel cependant est qu'avec un organe de médiation neutre, les différends entre clients et intermédiaires d'assurance pourront être réglés rapidement, efficacement et de façon pragmatique. Si au contraire le client doit d'abord s'adresser à son intermédiaire d'assurance, puis celui-ci à son assurance-responsabilité civile, et que tous doivent en définitive porter le cas devant l'organe de médiation des assurances, il est évident qu'au fil d'une telle procédure, même les petits différends pourront rapidement dégénérer et se transformer en véritables litiges. Un organe de médiation neutre permettra d'éviter cette escalade.

4.1.5 Autres thèmes

- Lors de la consultation, les cantons, principalement, ont demandé d'inscrire explicitement dans la loi que les assurances cantonales de droit public (en particulier les assurances bâtiments, mais aussi p. ex. la Caisse cantonale d'assurance populaire neuchâteloise) ne seront pas soumises à la LSA. Il est certes incontesté que la présente révision ne doit rien changer à la surveillance des assurances mentionnées ci-dessus, comme le souligne d'ailleurs la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 138 I 378, consid. 9.5). Toutefois, inscrire explicitement dans la LSA une exception concernant les entreprises d'assurance cantonales de droit public serait ouvrir la porte à une interprétation permettant d'étendre cette exception à tous les monopoles existants. Or personne ne le souhaite, d'autant moins que la Suisse devrait alors s'en expliquer sur la scène internationale, ce qui n'irait pas sans difficultés. C'est pourquoi il convient de ne pas prévoir d'exception explicite.
- La branche souhaite que la LSA prévoie une surveillance réduite pour les sociétés d'assurance à but spécial. Alors que les assurances pour propre compte peuvent en principe aussi assurer directement les risques d'entreprises autres que des entreprises d'assurance, les sociétés d'assurance à but spécial assurent uniquement les risques des assureurs directs et des réassureurs. Le risque assuré est ensuite couvert par l'émission de titres de dette de rang subordonné, par exemple d'obligations catastrophe (*cat bonds*). Du point de vue économique, les risques sont ainsi transférés sur le marché des capitaux. À l'heure actuelle, le droit suisse ne prévoit pas de dispositions spéciales pour les sociétés d'assurance à but spécial, comme c'est le cas par exemple en Allemagne ou au Royaume-Uni. Ces sociétés sont donc soumises à la surveillance générale des entreprises d'assurance, conformément à la LSA. Or, compte tenu de leur fonction et de leur structure, leur assujettissement à la surveillance des assurances est inopportun. Si l'on suit une approche libérale basée sur le risque – il n'y a

pas dans ce cas d'assurés à protéger –, il serait même possible de renoncer à toute surveillance.

- La branche demande également que parmi les documents à fournir pour obtenir l'autorisation en Suisse, il ne soit plus nécessaire, en cas d'activité d'assurance à l'étranger, de présenter l'autorisation délivrée par l'autorité de surveillance étrangère compétente ou une attestation équivalente (cf. art. 4, al. 2, let. c, LSA). Toutefois, la proposition de la branche, qui souhaite devoir fournir uniquement «des informations sur l'activité d'assurance à l'étranger», viderait la norme de pratiquement tout son sens et ne servirait plus le but visé par celle-ci (réduction, en particulier, du risque de réputation lié à l'activité à l'étranger). Il conviendra néanmoins d'examiner, lors de l'élaboration de l'ordonnance, si le terme d'«attestation équivalente» ne pourrait pas recouvrir d'autres preuves admissibles de la conformité au droit de l'activité exercée à l'étranger, compte tenu des risques.
- Le test suisse de solvabilité (SST) remonte à la révision de la LSA de 2004, selon laquelle la solvabilité de l'entreprise d'assurance doit se mesurer sur la base des risques auxquels elle est exposée (art. 9 LSA). Si le SST n'est pas désigné explicitement, il est, du point de vue matériel, déjà intégré implicitement à la LSA. Les nouveaux art. 9 à 9b P-LSA 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 ne change toutefois rien au calibrage du SST, car ce serait entrer dans des détails qui n'ont pas leur place dans la loi. L'un des fondements de tout système de mesure de la solvabilité est la méthode d'évaluation des positions du bilan. Le Conseil fédéral est d'avis que la méthode convenant le mieux pour déterminer la solvabilité des entreprises d'assurance est l'évaluation à la valeur de marché. En effet, les positions du bilan présentent alors la valeur à laquelle elles pourraient être réalisées, si bien qu'il en résulte une image non faussée de la solvabilité de l'entreprise. Lors de la consultation, les assureurs ont fait remarquer à juste titre que les positions du bilan d'une entreprise d'assurance n'étaient pas toutes régulièrement objets de négoce sur un marché et qu'il y avait donc lieu de changer de formulation. Le Conseil fédéral tient cependant déjà compte de cette réalité en proposant que l'évaluation puisse aussi se faire à une «valeur proche du marché». L'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (OS)¹¹, qui emploie ce même terme, précise en détail comment estimer la valeur de marché en l'absence de transactions commerciales. Il n'est donc pas nécessaire d'adopter dans la loi l'expression «conforme au marché» proposée par le secteur de l'assurance. Changer de terme pourrait en outre donner la fausse impression qu'un changement a été apporté au principe d'évaluation du SST.
- Le projet accorde une nouvelle compétence au Conseil fédéral par rapport à l'avant-projet mis en consultation: pour garantir le respect des normes interna-

¹¹ RS 961.011

tionales en matière de capital, celui-ci pourra prescrire d'autres systèmes d'exigences en matière de capital, en sus des prescriptions relatives à la solvabilité, notamment pour les entreprises, groupes et conglomérats d'assurance exerçant leur activité à l'échelle internationale (cf. art. 9c P-LSA).

- Afin de tenir compte, là aussi, des développements internationaux, le projet attribue également une nouvelle compétence à la FINMA par rapport à l'avant-projet mis en consultation. Par analogie avec les règles applicables aux banques d'importance systémique, celle-ci pourra exiger des grandes entreprises d'assurance qu'elles présentent des plans de stabilisation en prévision d'une éventuelle situation de crise (cf. art. 22a P-LSA).
- 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.
- Selon l'actuel 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.
- Les dispositions pénales de la LSA ont été passées en revue. Seules celles qui couvrent des aspects prudents 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 adoptées le 15 juin 2018, après avoir fortement élagué les dispositions initialement prévues dans le message du Conseil fédéral.
- Enfin, l'adoption d'une prime garantissant la conversion en rentes ne faisait pas partie du projet mis en consultation, mais elle a été réclamée par plusieurs participants. Or, le 13 décembre 2019, le Conseil fédéral a mis en consultation une révision du droit de la prévoyance professionnelle incluant l'adoption d'une telle prime. Il paraît donc plus opportun d'examiner la question de cette prime dans le contexte plus large de l'adaptation de la prévoyance professionnelle à l'évolution démographique et économique, plutôt que dans le cadre de la révision de la LSA. C'est pourquoi le projet ne prévoit rien en la matière.

4.2 Propositions abandonnées suite à la consultation

4.2.1 Entreprises de réassurance étrangères ayant une succursale en Suisse

Le projet mis en consultation proposait d'étendre la surveillance aux entreprises d'assurance qui ont leur siège à l'étranger et qui exercent uniquement une activité de réassurance, en Suisse ou à partir de la Suisse, pour autant que ces entreprises aient une succursale en Suisse (cf. art. 2, al. 1, let. b, ch. 2, AP-LSA). Il prévoyait également de ne libérer entièrement de la surveillance que les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger qui n'avaient pas de succursale en Suisse et qui exerçaient uniquement une activité de réassurance en Suisse ou à partir de la Suisse (art. 2, al. 2, let. a, AP-LSA). Lors de la consultation, la branche a critiqué le régime proposé, demandant que les succursales concernées bénéficient d'un régime de surveillance allégé. Outre qu'elle n'est guère applicable, cette exigence est inopportune. En effet, les entreprises d'assurance qui exercent uniquement une activité de réassurance bénéficient déjà d'importants allègements en matière de surveillance (art. 35 LSA). Si l'on réduisait encore cette surveillance, elles ne seraient plus soumises à aucune exigence digne de ce nom. Parler de «succursale surveillée» serait alors de nature à donner une fausse impression de sécurité aux acteurs du marché. C'est pourquoi le projet ne prévoit plus de modifier le régime de surveillance des succursales suisses de réassureurs étrangers. Ceux-ci resteront comme jusqu'ici exclus de la surveillance suisse et ne seront donc soumis qu'à celle du pays où ils ont leur siège. Toutefois, afin de pouvoir réagir à d'éventuelles modifications de normes internationales qui imposeraient malgré tout une surveillance des succursales en Suisse, le projet propose de doter le Conseil fédéral des compétences nécessaires à cet effet (cf. art. 2, al. 5, let. a, P-LSA).

4.2.2 Modifications du plan d'exploitation

Le projet mis en consultation proposait que les modifications du plan d'exploitation concernant la nomination de personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable ou la planification de projets d'externalisation complexes soient préalablement approuvées par la FINMA (cf. art. 5, al. 1, AP-LSA). En contrepartie, l'approbation tacite prévue à l'al. 2 était abandonnée et l'obligation de communiquer les modifications à la FINMA fixée dans cet alinéa était limitée aux modifications importantes (art. 5, al. 2, AP-LSA). L'obligation d'approbation préalable par la FINMA ayant soulevé de vives critiques, les propositions de modification de l'art. 5 ont été abandonnées. Seule une obligation de communiquer sera donc maintenue, et les entreprises d'assurance devront tenir compte, comme c'est le cas actuellement, du fait que la FINMA pourrait s'opposer à la nomination de personnes devant présenter la garantie d'une activité irréprochable ou aux projets d'externalisation complexes qu'elles lui ont communiqués.

4.3 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.

5 Commentaire des dispositions

5.1 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 intégrés à plusieurs endroits.

Art. 1, al. 2

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 entreprises d'assurance n'ayant pour clients que des 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 l'élément «proportionnellement à la vulnérabilité des assurés» ajouté à la disposition.

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

Art. 2, al. 1, let a et e, al. 2, phrase introductive, let. b^{bis} et e à g, et al. 3 à 5

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 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 surveillance.

La décision ayant été prise de ne pas assujettir les succursales de réassureurs étrangers à la surveillance (voir ci-avant), les let. b et c resteront inchangées.

Al. 2

À des fins de cohérence et pour prévenir tout malentendu, la phrase introductive de l'al. 2 est adaptée à celle de l'al. 1, sans que son contenu ne soit modifié. Il ressort ainsi clairement que les entreprises d'assurance assujetties à une surveillance particulière en vertu du droit fédéral resteront exclues du champ d'application de la LSA. Les assurances-maladie sociales au sens de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)¹², par exemple, continueront d'être soumises à la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal)¹³ et, par conséquent, à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique, ce qui au demeurant avait déjà été établi clairement lors de l'adoption de la LSA en 2006 (cf. FF 2003 3372). Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, il ne sera pas explicitement inscrit dans la loi que les assurances cantonales de droit public continueront aussi à ne pas être soumises à la LSA.

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 (art. 6, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 16 décembre 2016 sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation¹⁴). 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 Solvabilité II de l'UE¹⁵). À l'étranger, l'ASRE n'est pas non plus assujettie à l'obligation d'obtenir une autorisation, pas même pour les risques situés à l'étranger.

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 autorisation 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 déroga-

¹² RS 832.10

¹³ RS 832.12

¹⁴ RS 946.10

¹⁵ 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 (solvabilité II), JO L 335 du 17.12.2009, p. 1

tion 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 extérieur, et ne concernera pas les situations dans lesquelles un même sujet de droit 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. 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 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 vie¹⁶, car cet accord ne définit pas l'activité d'assurance. Il incombe dès lors aux États signataires d'établir cette définition. L'exemption de la surveillance ne s'applique pas aux entreprises d'assurance constituées 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. 2, let. f

Lors de la vente de biens ou de services, il arrive que le client demande à conclure une assurance qui complète le bien ou le service acheté ou soit liée à ce bien ou ce service (assurance annexe). Sont concernés en l'occurrence des produits d'assurance de portée limitée tels qu'une assurance bris de glace lors de l'achat d'un téléphone mobile ou une assurance annulation lors de la réservation d'un voyage. Alors que l'intermédiation de contrats d'assurance est normalement soumise à la LSA, la let. f prévoit une exception pour les assurances annexes de faible importance. Les condi-

¹⁶ RS 0.961.1

tions de cette exception seront précisées par le Conseil fédéral. Elles pourront inclure par exemple une limitation de la somme d'assurance, de la prime d'assurance, de la durée de la couverture ou encore des risques assurés. La disposition correspondante fixée dans la directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances est formulée de manière plus restrictive que l'art. 2, al. 2, let. f, P-LSA. Elle limite les exceptions comme suit: (a) couverture du risque de mauvais fonctionnement, de perte ou d'endommagement du bien, de non-utilisation du service fourni, d'endommagement ou de perte de bagages et d'autres risques liés à un voyage réservé et (b) produits d'assurance dont la prime calculée au prorata selon une périodicité annuelle ne dépasse pas 600 euros.

Al. 2, let. g

Cette nouvelle disposition prévoit expressément que les sociétés d'assurance à but spécial feront partie des personnes morales non assujetties à une surveillance prudentielle. Ces sociétés ont pour fonction de couvrir les risques actuariels d'entreprises d'assurance, mais ne sont pas elles-mêmes des entreprises d'assurance à proprement parler. Le risque assuré est couvert par l'émission de titres de dette de rang subordonné, par exemple d'obligations catastrophe. Les entreprises d'assurance peuvent ainsi transférer le risque sur le marché des capitaux.

Al. 3

Cette disposition peut être abrogée en raison des nouvelles compétences accordées au Conseil fédéral à l'al. 5. La compétence actuelle de la FINMA en matière d'exemption de la surveillance n'aura plus de raison d'être.

Al. 4

La let. a correspond à l'actuel al. 4. La nouvelle let. b habilite le Conseil fédéral à définir l'étendue de la surveillance qui sera exercée sur les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger pour l'activité d'assurance que celles-ci exercent à partir de la Suisse.

Al. 5

En vertu de la let. a, le Conseil fédéral pourra assujettir à la surveillance prudentielle les succursales suisses d'entreprises de réassurance étrangères, notamment si cela se révèle opportun compte tenu des normes internationales applicables.

La let. b habilite le Conseil fédéral à libérer les petites entreprises d'assurance de la surveillance, notamment (mais pas uniquement) pour garantir la pérennité de la place financière suisse. À l'heure actuelle, c'est la FINMA qui est compétente pour libérer de la surveillance les entreprises d'assurance dont l'activité d'assurance est de faible importance économique ou ne touche qu'un cercle restreint d'assurés, lorsque des circonstances particulières le justifient (cf. art. 2, al. 3, LSA). Cette compétence sera transférée au Conseil fédéral sous la forme d'une compétence de légiférer par voie d'ordonnance. Le Conseil fédéral sera en outre habilité à arrêter les mesures nécessaires pour réagir adéquatement à l'apparition de modèles économiques innovants.

À la différence de ce que l'on observe dans le secteur bancaire, le développement de modèles économiques innovants est encore inexistant dans le secteur de l'assurance,

ou n'en est qu'à ses balbutiements. Lorsqu'il élaborera les dispositions correspondantes de l'ordonnance, le Conseil fédéral devra donc veiller à ce que ces dispositions contribuent à la pérennité de la place financière suisse, sans pour autant négliger la protection des assurés. De plus, la promotion de modèles économiques innovants devra être axée sur la durabilité et non sur l'obtention d'un succès à court terme. À cette fin, le Conseil fédéral aura la possibilité de lier l'octroi de dérogations à certaines conditions, telles que l'obligation pour l'entreprise d'assurance d'avoir un siège en Suisse, de fournir des garanties (y c. sous la forme de réassurances), d'informer les clients de manière appropriée ou encore de disposer d'une organisation répondant à des exigences déterminées. En ce qui concerne les intérêts des clients, le Conseil fédéral devra tenir compte en particulier des risques que ces derniers encourent lorsque les prestations dues en cas de sinistre ne sont pas fournies ou sont fournies avec retard. Eu égard à toutes ces prescriptions, il apparaît évident que les exceptions fondées sur la let. b ne pourront guère concerner les assurances sur la vie ni les assurances soumises au contrôle des tarifs.

En revanche, selon leur configuration, les assurances entre pairs pourront être libérées de la surveillance conformément à l'al. 5. Dans le modèle de l'assurance entre pairs, un petit nombre de personnes (pool) conviennent que les sinistres de faible ampleur sont financés, jusqu'à une limite donnée, par une partie de la somme des primes annuelles de ces personnes, tandis que les éventuels sinistres dépassant cette limite sont pris en charge par une entreprise d'assurance ordinaire, qui perçoit pour cela le solde des primes annuelles. Si les primes annuelles ne sont pas utilisées dans leur intégralité au terme de la période de décompte, leur solde est restitué aux membres du pool. S'il est convenu que les membres du pool, une fois leur prime annuelle payée, n'ont pas d'obligation de verser un supplément et que les sinistres pris en charge par le pool ne peuvent dépasser une limite annuelle donnée, il est envisageable de libérer l'assurance entre pairs de la surveillance prudentielle.

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]¹⁷). Dans la LSA actuelle, la faillite des sociétés assujetties à la surveillance des groupes ou des conglomérats est réglée 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

¹⁷ RS 958.1

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 P-LSA 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.

Art. 2b Risques systémiques

En novembre 2019, l'AICA, qui est chargée d'établir des normes internationales dans le secteur de l'assurance, a adopté une norme sur la surveillance des risques systémiques et sur les mesures à prendre si de tels risques se présentent dans ce secteur. L'art. 2b crée la base légale qui permettra au Conseil fédéral de régler cette matière par voie d'ordonnance pour les assureurs privés. Il pourra s'agir de dispositions réglementant par exemple la collecte des données pertinentes auprès des entreprises d'assurance et leur analyse par la FINMA, l'échange de certaines données entre la FINMA et les autorités étrangères de surveillance des assurances ainsi que la prescription de mesures visant à réduire les éventuels risques systémiques.

Section 2 Obligations des entreprises et des personnes libérées de la surveillance

Art. 2c

Les al. 1 et 2 servent principalement la protection des assurés, auxquels ils garantissent la transparence. 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, LSA; 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. 5, let. b, P-LSA seront ainsi tenues d'informer les preneurs d'assurance 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 (art. 86, al. 1, let. a, P-LSA).

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'autorisation.

Art. 4, al. 2, let. k

Si elle entend bénéficier des allègements légaux prévus, l'entreprise d'assurance devra déclarer dans les six mois qui suivent l'entrée en vigueur de la modification de la loi quel genre d'activité elle exerce (cf. art. 90a P-LSA). L'endroit approprié pour

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 interne 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 P-LSA).

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 P-LSA commentés ci-après. Sur le plan matériel, les modifications proposées ne changent rien aux prescriptions actuelles relevant du SST.

Les art. 9 à 9b P-LSA 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. En lieu et place, l'art. 9 disposera dorénavant 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. Pour les positions du bilan pour lesquelles aucune valeur n'est directement établie sur un marché (p. ex. immeubles ou provisions actuarielles), une évaluation reposant sur une valeur proche du marché implique de déterminer une valeur qui corresponde à une valeur de marché du point de vue quantitatif et ne soit pas contraire à d'autres valeurs de marché, ou à laquelle deux partenaires commerciaux de bonne volonté et indépendants l'un de l'autre seraient disposés à acheter ou à vendre la position concernée.

Fonder le calcul des exigences en matière de capital sur une évaluation à la valeur de 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'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 plusieurs biens ne sont pas régulièrement négociés sur le marché, il n'existe pas de données permettant d'en établir directement la valeur de marché. Les immeubles individuels 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, et la valeur ainsi obtenue ne doit pas être contraire à d'autres valeurs de marché. La problématique est la même pour les engagements actuariels. Leur valeur proche du marché doit donc aussi être estimée. Elle est 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 cette estimation 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 minimales qu'elles peuvent être négligées sans perte de précision.

Si le calcul était effectué d'un point de vue économique, une évaluation proche du marché resterait certes possible, mais d'autres modèles inadéquats tels qu'une évaluation basée sur le prix de revient des actifs ou un escompte accru des engagements gagneraient également en importance. Cela compromettrait l'équivalence avec la directive Solvabilité II de l'UE, car les exigences de cette dernière ne seraient de loin pas respectées.

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 à cet effet 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.

Art. 9b Autres prescriptions relatives à la solvabilité

Cette disposition précise l'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 ultérieurement insolvable alors qu'elle remplit l'exigence de solvabilité. Il va de soi que le Conseil fédéral tiendra compte des circonstances ainsi que des particularités de l'activité d'assurance concernée. 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 au-dessous desquels la FINMA

pourra prendre les mesures prévues à l'art. 51 (al. 1, let. c). L'énumération n'est pas exhaustive, L'al. 2 donne au Conseil fédéral la compétence et la marge de manœuvre nécessaires pour déclarer déterminants non seulement les risques d'assurance, risques de marché et risques de crédit mentionnés à l'art. 9a, al. 3, P-LSA, mais aussi d'autres catégories de risques.

Art. 9c Normes internationales complémentaires en matière de capital assuré

En 2019, l'AICA a adopté une norme en matière de capital applicable aux groupes d'assurance exerçant leur activité à l'échelle internationale. Il s'agit d'un système permettant de comparer (i) les risques auxquels ces groupes sont exposés en raison de leur activité et (ii) la capacité de ces groupes à supporter ces risques en s'appuyant sur leur propre dotation en capital. Étant donné que, selon toute probabilité, les groupes d'assurance domiciliés en Suisse et opérant à l'échelle internationale devront aussi appliquer cette nouvelle norme, le Conseil fédéral aura compétence pour instaurer ce système de comparaison. Il ne s'agit cependant en aucun cas de le substituer au régime de solvabilité prévu en Suisse conformément aux art. 9 à 9b P-LSA. Cette nouvelle norme internationale ne pourrait pas remplacer le régime suisse, car elle a été conçue spécialement pour les groupes d'assurance exerçant leur activité à l'échelle internationale et l'AICA s'est contentée de formuler des exigences minimales, qui seraient vraisemblablement insuffisantes. Le Conseil fédéral pourra donc éventuellement décider que la version minimale de cette norme ou une autre variante reconnue à l'échelle internationale soit applicable aux entreprises, groupes ou conglomérats d'assurance suisses (ou à des parties de ces derniers) exerçant leur activité à l'étranger, mais uniquement à titre de complément au régime de solvabilité existant.

Art. 11 Activités exercées en plus des activités d'assurance

Cette disposition clarifie la répartition des compétences et la réglementation des activités que les entreprises d'assurance pourront exercer en plus des activités d'assurance, mais n'entraîne pas de modifications de la loi sur le fond. Comme à l'heure actuelle, les entreprises d'assurance auront la possibilité de proposer, dans les limites de leur but social, des services et des affaires complémentaires par l'intermédiaire de sociétés de services. Dans la pratique, elles font déjà largement usage de cette possibilité.

Al. 1

La let. a reprend le contenu de l'actuel al. 1.

La let. b permettra aux entreprises d'assurance de fournir dans une mesure limitée des services qui ne sont pas en rapport direct avec l'activité d'assurance, comme c'est le cas actuellement. L'obligation d'obtenir une autorisation de la FINMA est maintenue. Si ce n'était pas le cas, la FINMA n'aurait pas connaissance des activités exercées en plus des activités d'assurance et courrait le risque de délivrer des certificats de solvabilité non conforme à la réalité, nuisant en cela à la bonne exécution de 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. En outre, l'obligation d'obtenir une autorisation de la FINMA sert la sécurité du

droit et est un instrument qui a fait ses preuves. La FINMA vérifiera dans chaque cas particulier, dans le cadre de la surveillance des entreprises d'assurance, si celles-ci respectent les prescriptions légales et les dispositions fixées dans l'ordonnance (cf. al. 2). Elle se fondera à cet effet sur les informations que les entreprises d'assurance seront tenues de fournir.

Al. 2

La possibilité pour les entreprises d'assurance d'exercer d'autres activités en plus des activités d'assurance sera limitée par les risques auxquels ces activités complémentaires exposeront les entreprises et les assurés. Le Conseil fédéral définira par voie d'ordonnance les critères déterminants pour l'évaluation de ces risques.

Art. 14 Garantie d'une activité irréprochable

Les al. 1 et 2 correspondent à la réglementation en vigueur pour les établissements financiers dans la loi du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)¹⁸. De plus, les al. 3 et 4 qui sont ajoutés à cet article disposent que les détenteurs d'une participation qualifiée dans une entreprise d'assurance seront aussi soumis aux règles relatives à la garantie d'une activité irréprochable, comme le prévoient les autres lois sur les marchés financiers (cf. art. 9 LIMF, art. 3 LB et art. 11 LEFin). Est réputée détenir une participation qualifiée dans une entreprise d'assurance toute personne qui détient, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote ou peut, de toute autre manière, exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise.

Art. 14a Prévention des conflits d'intérêts

Comme toutes les entreprises opérant sur les marchés financiers, les entreprises d'assurance devront présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable. Cela implique notamment qu'elles seront tenues de prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent pour éviter les conflits d'intérêts pouvant survenir lors de la fourniture de services d'assurance. Cette obligation est formulée de manière explicite à l'art. 14a.

Al. 1

Les entreprises d'assurance devront veiller à ce que leurs propres intérêts, ceux de leurs collaborateurs et ceux des intermédiaires d'assurance qui leur sont liés ne s'opposent pas aux intérêts des clients. Elles devront également s'assurer que les intérêts des clients ne s'opposent pas entre eux. Pour prévenir les conflits d'intérêts, elles devront commencer par faire le nécessaire pour les identifier. Il leur incombera en particulier de vérifier s'il existe pour elles-mêmes, pour leurs collaborateurs ou pour les intermédiaires d'assurance qui leur sont liés des incitations à négliger les intérêts des preneurs d'assurance ou à les faire passer après leurs propres intérêts.

¹⁸ RS 954.1

Al. 2

Dans la mesure du possible, l'entreprise d'assurance devra prendre des mesures pour éliminer tout conflit d'intérêts. S'il ne peut pas être éliminé, le conflit devra être signalé au preneur d'assurance avant la conclusion du contrat d'assurance, de manière à ce que la personne concernée puisse décider en connaissance de cause de conclure ou non le contrat. On ne pourra pas renoncer inconsidérément à éliminer un conflit d'intérêts.

Al. 3

Le Conseil fédéral sera habilité à fixer les modalités. Il pourra notamment spécifier les comportements qui seront dans tous les cas proscrits en présence d'un conflit d'intérêts. À cet effet, il pourra s'appuyer sur l'art. 27 de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (OSFin)¹⁹.

Ces dispositions seront également valables pour les intermédiaires d'assurance (cf. art. 45a P-LSA). Les dispositions spéciales de l'art. 45b P-LSA s'appliqueront en outre à la perception de rémunérations par les intermédiaires d'assurance non liés.

Art. 15 Conditions générales

La phrase introductive contient une précision linguistique qui ne change rien au fond. La seule modification matérielle de cet article concerne l'al. 1, let. b. Les autres modifications sont de nature purement rédactionnelle.

Al. 1, let. b

Conformément à l'art. 160, al. 1, de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)²⁰, la succursale suisse d'une entreprise ayant son siège à l'étranger est régie par le droit suisse. La LDIP ne donne toutefois pas de définition du terme «succursale». D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, il faut entendre par succursale l'établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité semblable à celle de l'entreprise principale, en jouissant d'une certaine autonomie sur le plan économique et sur celui des affaires (cf. arrêt 4 C.373/2004, consid. 2.2; en outre: ATF 117 II 85, consid. 3; sur le fond: ATF 76 I 150, consid. 2; Richard Gassmann, in: Internationales Privatrecht art. 1 à 200 LDIP, art. 160 LDIP, p. 644 s.). En d'autres termes, l'art. 160, al. 1, LDIP renvoie à la succursale au sens du droit du registre du commerce.

Dans le passé, la FINMA accordait l'autorisation d'exercer une activité également à des succursales qui n'étaient pas inscrites au registre du commerce (du fait notamment qu'elles ne disposaient pas d'une indépendance suffisante). Or d'importantes normes du droit suisse ne s'appliquent pas d'office aux succursales d'entreprises d'assurance étrangères non inscrites au registre du commerce. C'est pourquoi, pour

¹⁹ RS 950.11

²⁰ RS 291

soumettre pleinement ces succursales au droit suisse et mettre ainsi fin à une certaine insécurité juridique, le projet prévoit que celles-ci devront obligatoirement être inscrites au registre du commerce. Les entreprises étrangères qui exercent déjà une activité d'assurance en Suisse disposeront d'un délai transitoire de six mois pour procéder à l'inscription de leur succursale (cf. art. 90a P-LSA).

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

Le Lloyd's ou Lloyd's of London est un sujet de droit relevant de la législation 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. Ce sujet de droit n'exerce pas lui-même une activité d'assurance. En tant que groupement, il est compétent en matière de soutien, d'infrastructure ou de surveillance des activités de chacun de ses membres; c'est pourquoi il est généralement désigné 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 seulement ou un grand nombre d'entre eux. Ils 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 que sujet de droit relevant de la législation britannique, le Lloyd's ou Lloyd's of London a la jouissance des droits civils et la capacité d'être partie. Par contre, les *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 la législation 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 de *names*, si bien que seuls ceux-ci ont la capacité d'être partie et d'ester en justice. Ainsi, étant donné que 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 partie 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 d'assurance.

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 protectrices supplémentaires applicables aux entreprises d'assurance étrangères) valent aussi pour le Lloyd's.

Par ailleurs, afin de clarifier une question soulevée lors de la consultation, il convient de relever que l'art. 7 LSA ne s'appliquera toujours pas au Lloyd's en raison de la structure juridique spéciale de ce dernier. Le Lloyd's ne sera donc pas tenu d'être constitué en société anonyme ou en société coopérative.

Art. 17, 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 est inutile dans la mesure où les preneurs d'assurance domiciliés à l'étranger bénéficient déjà du régime de protection de l'État dans lequel ils résident²¹. Conformément aux dispositions internationales et au principe d'égalité de traitement, le régime de protection d'un État s'applique à tous les preneurs d'assurance domiciliés dans cet État, indépendamment du lieu où se situe le siège de l'entreprise d'assurance. L'accord sur l'assurance directe entre la Suisse et l'UE fait exception à cette règle, mais uniquement en ce qui concerne ses dispositions relatives à la solvabilité. Les modifications proposées dans le projet à l'égard de la fortune liée ne tombent pas sous le coup de cette exception. Dans ce sens, le projet prévoit qu'il ne sera plus nécessaire d'édicter des directives spécifiques ni de constituer une fortune liée garantissant les portefeuilles d'assurance étrangers de succursales étrangères d'entreprises d'assurance ayant leur siège en Suisse ou les portefeuilles qui leur sont attribués dans le cadre de la procédure de surveillance. En revanche, le projet maintient en particulier la règle selon laquelle l'entreprise d'assurance est tenue de constituer des provisions techniques suffisantes pour l'ensemble de ses activités, y compris pour ses portefeuilles d'assurance étrangers (art. 16 LSA). L'obligation de garantir les prétentions nées de contrats d'assurance en vertu du droit étranger sera, par nature, également conservée.

De par cette modification, le très difficile et coûteux examen de l'équivalence du régime de surveillance étranger deviendra inutile, car il ne sera plus nécessaire de distinguer entre les législations étrangères équivalentes et celles qui ne le sont pas. De plus, en cas de défaillance de portefeuilles d'assurance étrangers d'une entreprise d'assurance suisse, il sera certes toujours possible de faire valoir les prétentions qui en découlent dans la procédure de faillite suisse de l'entreprise concernée, mais il n'y aura plus lieu d'intercaler, dans ladite procédure de faillite suisse, 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. Ainsi, cette modification permettra non seulement de clarifier la situation sur le plan juridique, mais égale-

²¹ Ainsi, certains États membres de l'UE exigent par exemple que les prétentions nées de contrats d'assurance soient garanties par une fortune liée.

ment d'éviter de difficiles évaluations et d'éventuelles frictions, ce qui, notamment dans l'intérêt des preneurs d'assurance en Suisse et à l'étranger, facilitera la coordination en cas d'assainissement ou de faillite. Cela implique que la constitution de la fortune liée ne sera pas simplement laissée au libre choix de l'entreprise d'assurance, mais qu'elle sera exclue. C'est pourquoi le projet prévoit qu'aucune fortune liée ne pourra être constituée.

Cette nouvelle réglementation 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.

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 de l'UE, cette modification permettra aux entreprises d'assurance de placer leur fortune liée avec davantage de flexibilité.

Art. 21, al. 3

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 de l'UE (et des directives précédentes). L'art. 21 s'inspire de cette réglementation.

Art. 22a Plans de stabilisation

La FINMA pourra exiger de certaines entreprises d'assurance suisses qu'elles établissent un plan de stabilisation tenant compte des risques auxquels elles seraient exposées en cas de crise. Le sens et le but de la compétence qui est accordée à la FINMA sont semblables à ceux des exigences applicables aux banques suisses d'importance systémique. Par conséquent, les plans de stabilisation ne seront exigés que des entreprises d'assurance ayant une importance économique pour le secteur suisse de l'assurance dans son ensemble. Seront réputées avoir une importance économique de cette ampleur les entreprises d'assurance des catégories de surveillance 2 et 3. Les détails seront précisés dans l'ordonnance. Cette réglementation est importante notamment en ce qui concerne les grandes entreprises d'assurance suisses faisant partie d'un groupe d'assurance étranger. Elle permettra à la FINMA de garantir une coordination avec les autorités de surveillance étrangères et avec les plans de stabilisation qui doivent être présentés à ces dernières conformément au droit du pays concerné.

L'art. 22a P-LSA ne s'appliquera pas aux entreprises d'assurance des catégories de surveillance 4 et 5, pas plus qu'aux succursales suisses d'entreprises d'assurance étrangères (art. 2, al. 1, let. b, LSA).

L'art. 22a P-LSA est une disposition potestative. Il appartiendra donc à la FINMA de déterminer, compte tenu du principe de proportionnalité, quelles entreprises devront lui présenter un plan de stabilisation et quel devra être le contenu de ce dernier.

Art. 24, al. 1, 3^{bis} et 4

Cette disposition doit être adaptée aux pratiques en vigueur, notamment en ce qui concerne les responsabilités au sein des entreprises.

Al. 1

Étant donné que la solvabilité ne sera plus déterminée d'après le volume des affaires (directive Solvabilité I), la formulation actuelle «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). Celui-ci indiquera clairement 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 évaluer l'ensemble des risques, en particulier les risques financiers des 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 de «constituer», comme c'est le cas aujourd'hui, 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, l'actuaire devra demander des précisions ou consulter d'autres sources internes de l'entreprise.

La nouvelle let. b dispose en outre que l'actuaire responsable devra vérifier si le débit de la fortune liée est conforme aux prescriptions du droit prudentiel. Il est question ici uniquement de «vérifier», car 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 d'inscrire un point à l'ordre du jour de la séance suivante du conseil d'administration ou du comité compétent.

Art. 25, al. 1, 3, 5 et 6

Al. 3

L'actuel al. 3 ne prévoit pas le même délai de remise des rapports annuels pour les assureurs directs (30 avril) et pour 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 de la FINMA 2016/2 «Publication – assureurs (*public disclosure*)», le délai de publication du 30 avril vaut aussi pour les réassureurs, ce qui signifie que les données doivent être disponibles à cette date.

Al. 5

L'actuel 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 entre les données.

La flexibilité résultant de la nouvelle formulation de l'al. 5 permettra de coordonner les données publiées par la FINMA avec celles que les entreprises d'assurance doivent publier. 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.

Al. 6

L'actuel al. 6 peut être abrogé, car son contenu sera intégré à l'al. 5. Le nouvel al. 6 aura un autre contenu. Ainsi, avant de publier des données relatives aux rapports annuels, au marché de l'assurance et à la transparence, la FINMA devra peser les intérêts en présence, c'est-à-dire les intérêts respectifs de l'entreprise d'assurance, des assurés et du public.

Art. 27 Contrôle interne de l'activité

L'actuel al. 1 fait l'objet d'adaptations rédactionnelles et sera le seul alinéa de l'art. 27 modifié. Le terme «inspectorat» n'est plus en usage pour désigner l'organe de révision interne et sera donc supprimé.

Quant aux dispositions de l'actuel al. 2, elles ne sont plus guère appropriées. Dans sa pratique actuelle, la FINMA ne les applique d'ailleurs plus qu'à des entreprises d'assurance de très petite taille. Pour cette raison, mais aussi parce que la reconnaissance de l'équivalence par l'UE passera uniquement par la suppression de cette disposition dérogatoire, l'al. 2 sera abrogé. De plus, la révision pourra être externalisée, sous certaines conditions. L'importance d'une dispense de l'obligation de désigner une révision interne serait ainsi de toute façon limitée (cf. circulaire de la FINMA 2017/2 «Gouvernance d'entreprise – assureurs», Cm 53 à 56). L'externalisation totale ou partielle des tâches de la révision interne est soumise à autorisation, en application de l'art. 4, al. 2, let. j, en relation avec l'art. 5 LSA. L'équivalence avec le droit prudentiel de l'UE est acquise même en cas d'externalisation de la révision interne.

Section 5a *Entreprises d'assurance assurant des preneurs d'assurance professionnels, assurance directe et réassurance internes au groupe*

Art. 30a Entreprises d'assurance assurant des preneurs d'assurance professionnels: allègements

Al. 1

Cette disposition est parallèle, du point de vue de la systématique, à celle fixée à l'art. 35, qui régit la réassurance, et prévoit des allègements appropriés pour cette nouvelle catégorie d'entreprises d'assurance. Une catégorisation des exigences de surveillance prudentielle sera ainsi possible, avec pour priorité la prise en compte du besoin de protection effectif des divers preneurs d'assurance. Les dispositions des art. 82 à 82i relatives au système de médiation ne s'appliqueront donc pas aux entre-

prises d'assurance qui concluent des contrats exclusivement avec des preneurs d'assurance professionnels. L'abaissement de l'intensité de la réglementation et de la surveillance profitera aussi aux assureurs directs dont les preneurs d'assurance sont exclusivement des professionnels.

Al. 2

Pour la définition de la notion de preneur d'assurance professionnel, l'al. 2 renvoie à l'art. 98a, al. 2, let. b à f, de la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)²², tel qu'il a été adopté par le Parlement en vote final le 19 juin 2020²³. À noter que la définition du preneur d'assurance professionnel donnée dans la LCA et celle qui est proposée dans la LSA se recouvrent largement, mais ne sont pas parfaitement identiques. Contrairement à la LCA, la LSA, en effet, ne considère pas comme des preneurs d'assurance professionnels (1) les institutions de prévoyance et les autres institutions servant à la prévoyance professionnelle (art. 98a, al. 2, let. a, LCA) ainsi que (2) les entreprises dépassant une certaine taille (art. 98a, al. 2, let. g, LCA).

Les institutions de prévoyance et les autres institutions servant à la prévoyance professionnelle ne seront pas des preneurs d'assurance professionnels au sens de la LSA, car l'avoir de prévoyance des assurés requiert une protection particulière (et il est nécessaire que ces institutions puissent continuer à profiter d'une fortune liée conformément à l'al. 4).

La réglementation sera plus spécifique dans la LSA que dans la LCA. Cela se justifie par le fait qu'une contrepartie professionnelle entrant dans le champ d'application de la LSA doit être à même, sur la base de ses connaissances, d'évaluer l'entreprise d'assurance du point de vue des risques (risque de crédit, etc.). C'est pourquoi la contrepartie professionnelle visée dans la LSA devra disposer d'une gestion des risques professionnelle. Dans la LCA, qui régit les relations contractuelles entre les parties, le 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. Au final, la LSA ne considérera comme preneurs d'assurance professionnels que les entreprises qui disposent d'une gestion professionnelle des risques (cf. art. 98a, al. 2, let. f, mais non let. g, LCA), car seules celles-ci sont à même de procéder à une évaluation fondée des risques (et peuvent donc s'abstenir de constituer une fortune liée).

Al. 3

Ce qui est fondamental, c'est que les exigences de protection ne soient réduites que pour les affaires conclues avec des contreparties professionnelles. L'al. 3 le précise clairement. Les autres affaires resteront soumises aux prescriptions les plus strictes. On appliquera également le principe selon lequel le cadre institutionnel doit être défini par l'activité relevant du plus haut niveau de protection (affaires conclues

²² RS 221.229.1

²³ FF ...

avec des contreparties non professionnelles), par exemple en ce qui concerne les instruments de surveillance généraux.

Al. 4

Cet alinéa précise 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-responsabilité civile (citons en particulier le droit de la personne lésée d'intenter une action directe contre l'assureur-responsabilité civile pour véhicules automobiles, prévu à l'art. 65 de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière [LCR]²⁴). Les ayants droit non professionnels dont les prétentions résultent de tels contrats devront bénéficier par principe de la même protection (p. ex. fortune liée) que les preneurs d'assurance non professionnels, pour autant toutefois que les assurances en jeu soient des assurances obligatoires. Enfin, si l'assurance porte sur tous les risques en matière de prévoyance professionnelle, la constitution d'une fortune liée sera obligatoire dans tous les cas.

Art. 30b Entreprises d'assurance assurant des preneurs d'assurance professionnels: obligations de clarification et de documentation

Selon cette nouvelle disposition, l'entreprise d'assurance sera tenue, avant de conclure un contrat avec un preneur d'assurance (professionnel ou non), de se renseigner sur le statut de ce client potentiel et de documenter ce statut. Si le professionnalisme du preneur d'assurance n'est pas d'emblée évident, l'entreprise d'assurance devra procéder à des clarifications approfondies, dans l'intérêt des deux parties.

La FINMA aura quant à elle la possibilité, en procédant par exemple à des contrôles croisés sur place, de vérifier si les entreprises d'assurance interprètent et appliquent de manière uniforme la notion de professionnalisme des preneurs d'assurance.

Art. 30c Entreprises d'assurance assurant des preneurs d'assurance professionnels: obligation d'information

Ce nouvel article vise à protéger les intérêts légitimes des preneurs d'assurance potentiels, dans la mesure où l'entreprise d'assurance sera tenue, avant de conclure un contrat, d'informer ces derniers qu'elle les considère comme des preneurs d'assurance professionnels. Les preneurs d'assurance seront ainsi dûment avertis du fait qu'aucune fortune liée ne sera constituée en garantie de leurs prétentions. Cette information pourra éventuellement les inciter à engager des négociations avec l'entreprise d'assurance, par exemple sur une garantie de remplacement (collatéral ou similaire) ou sur des mesures contractuelles de compensation.

Art. 30d Assurance directe et réassurance internes au groupe

Le nouvel art. 30d se traduira par une large déréglementation. Selon le droit actuel, les captives d'assurance directe sont considérées comme des assurances choses ordinaires, tenues de constituer une fortune liée. Les nouvelles dispositions s'appliqueront aussi à la réassurance interne au groupe.

L'al. 1 est calqué sur l'alinéa correspondant de l'art. 30a et repose sur la même *ratio legis*, ou raison d'être de la norme, à savoir permettre une catégorisation des exigences prudentielles, avec pour priorité la prise en compte du besoin de protection effectif des divers preneurs d'assurance. Les dispositions des art. 82 à 82i relatives au système de médiation ne s'appliqueront donc pas aux entreprises d'assurance qui exercent une activité d'assurance directe ou de réassurance internes au groupe. L'abaissement de l'intensité de la réglementation et de la surveillance profitera aussi aux captives d'assurance directe internes au groupe, pour autant que ces dernières n'exercent que cette activité. Il en ira 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. Toutefois, 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 ordinaire. 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 alors 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.

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, qui s'appliquera 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 prévus à l'art. 30a, seront également accordés aux réassureurs, ce qui paraît approprié. Les dispositions des art. 82 à 82i 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

L'expression «entreprises d'assurance qui exercent exclusivement une activité de réassurance» est choisie à dessein. D'une part, les réassureurs jouiront 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.

L'art. 10, qui concerne le fonds d'organisation, est désormais ajouté à la liste des dérogations. 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.

L'al. 2 entérine ce qui est aujourd'hui déjà une 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.

Il va de soi que les captives de réassurance entrent aussi dans la catégorie des entreprises d'assurance qui exercent exclusivement l'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 exprimée par le législateur lors de l'examen de 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. Ces produits d'assurance seront ainsi mis sur un pied d'égalité avec les produits de placement ne relevant pas du domaine des assurances régis 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 fait que le processus d'épargne expose le preneur d'assurance à un risque de perte et, par conséquent, à un risque de placement. Il y a un risque de perte lorsqu'en raison de fluctuations du marché, la partie épargne d'une assurance a, au moment du paiement régulier ou de la conversion, une valeur (actuelle) inférieure à la somme nominale des primes d'épargne versées. Les produits assortis d'une participation aux excédents comme seule composante susceptible de

présenter les caractéristiques d'un placement ne seront pas considérés comme des assurances sur la vie qualifiées, car ils ne présentent pas de risque de perte répondant à la définition ci-dessus. Il est donc justifié de ne pas les inclure dans le champ d'application des art. 39a ss. L'entreprise d'assurance sera néanmoins tenue de signaler clairement au preneur d'assurance que, suivant les résultats qu'elle réalisera, la participation aux excédents pourra être nulle.

Par assurances sur la vie qualifiées, il faudra entendre également les opérations de capitalisation et les opérations tontinières. Une opération de capitalisation (branche d'assurance A6²⁵) est un contrat sans risque biométrique minimum conclu entre une entreprise d'assurance sur la vie et un preneur d'assurance et portant sur la reprise de valeurs patrimoniales du preneur d'assurance ainsi que sur leur gestion selon un processus mathématique. Le contrat prend fin à une date convenue ou au décès de l'assuré. L'entreprise d'assurance n'assume aucun risque biométrique, mais les opérations de capitalisation présentent généralement un risque de placement pour le preneur d'assurance. Il est donc justifié de traiter ces contrats comme des assurances sur la vie qualifiées et de les soumettre aux prescriptions relatives à l'obligation d'établir une feuille d'information de base ainsi qu'à l'obligation de fournir d'autres informations et de vérifier le caractère approprié du produit. Les opérations tontinières (branche d'assurance A7²⁴) sont des contrats prévoyant que les montants versés par les assurés sont capitalisés conjointement et déterminant les modalités selon lesquelles la fortune ainsi constituée devra être distribuée aux survivants ou aux ayants cause des défunts. Le risque couvert par l'opération n'est pas supporté par l'entreprise d'assurance, mais l'est par la communauté des assurés. Celle-ci supporte aussi un risque de placement, car les montants versés par les assurés doivent être investis. Ce lien prépondérant avec le marché des capitaux justifie que les opérations tontinières soient également traitées comme des assurances sur la vie qualifiées et soumises aux prescriptions relatives à l'obligation d'établir une feuille d'information de base ainsi qu'à l'obligation de fournir d'autres informations et de vérifier le caractère approprié du produit.

Art. 39b Feuille d'information de base pour assurances sur la vie qualifiées

Al. 1

L'obligation d'établir une feuille d'information de base s'appliquera aux entreprises d'assurance qui proposent des assurances sur la vie qualifiées. Dans le secteur de l'assurance, à la différence de ce qui est prévu à l'art. 58 LSFfin, il n'est pas judicieux de soumettre le producteur de l'instrument financier à cette obligation, car il est peu probable qu'une entreprise d'assurance vende des assurances sur la vie provenant de tiers.

²⁵ Cf. art. 4, al. 2, let. k, LSA en relation avec l'art. 3, al. 1, OS, ainsi que l'annexe 1 OS.

Al. 2

Cette disposition s'inspire de l'art. 59, al. 2, LSFin. Dans le secteur de l'assurance également, des documents établis selon des législations étrangères et équivalents à la feuille d'information de base pourront être utilisés en lieu et place de celle-ci. Dans ce cas, il ne sera pas nécessaire d'établir une feuille d'information de base conforme à la LSA. Il incombera au Conseil fédéral de définir l'équivalence entre les documents étrangers et la feuille d'information de base (cf. art. 39f P-LSA).

Al. 3

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

Al. 4

Cette disposition relative à l'utilisation de données indicatives s'inspire de l'art. 58, al. 4, LSFin.

Art. 39c Contenu de la feuille d'information de base*Al. 1 et 2*

Ces dispositions ont pour modèle l'art. 60 LSFin. La feuille d'information de base devra exposer toutes les indications essentielles, afin que le preneur d'assurance puisse comparer entre elles des assurances sur la vie qualifiées similaires. En raison des caractéristiques particulières des assurances sur la vie qualifiées, il ne devra pas être possible de faire des comparaisons avec des instruments financiers ne relevant pas du secteur de l'assurance. Il faudra indiquer notamment le nom de l'assurance sur la vie qualifiée et l'identité de l'entreprise d'assurance qui la propose. Il faudra aussi fournir des informations sur le profil de risque et de rendement de l'assurance sur la vie qualifiée, avec la mention de la perte maximale sur le capital investi qui menace les preneurs d'assurance, ainsi que de l'assurance sur la vie qualifiée.

S'appuyant sur l'art. 39f P-LSA, le Conseil fédéral définira dans l'OS le contenu exact de la feuille d'information de base. Par analogie avec la réglementation arrêtée dans l'OSFin, il prescrira un modèle de feuille d'information de base.

Al. 3

Cette disposition vise à réglementer les cas dans lesquels le produit de placement inclus dans l'assurance sur la vie qualifiée sera réputé instrument financier au sens de la LSFin. Il y aura alors lieu soit d'exposer les indications essentielles relatives à l'instrument financier dans la feuille d'information de base prévue par la LSA, soit de renvoyer à l'éventuelle feuille d'information de base déjà établie conformément à la LSFin. Ainsi, si une feuille d'information de base conforme à la LSFin est déjà disponible pour l'instrument financier concerné, il suffira de renvoyer à cette feuille d'information de base. Il en ira de même pour les documents établis selon des législations étrangères et équivalents à la feuille d'information de base (art. 59, al. 2, LSFin).

Art. 39d Exigences

Cette disposition correspond à l'art. 61 LSFfin. Pour que la feuille d'information de base remplisse sa fonction, il faut qu'elle soit aisément compréhensible. Il incombe au Conseil fédéral de définir précisément son ampleur, sa langue et sa conception (art. 39f, let. b, P-LSA).

Art. 39e Modifications

Cette disposition s'inspire de l'art. 62 LSFfin. Le Conseil fédéral précisera la fréquence à laquelle les indications figurant dans la feuille d'information de base devront être vérifiées (cf. art. 91, al. 1, OSFin).

Art. 39f Dispositions complémentaires

Cet article prévoit, comme l'art. 63 LSFfin, 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. Le Conseil fédéral devra notamment définir le contenu, l'ampleur et la langue de ce document, sa conception et les modalités de sa mise à disposition, ainsi que son équivalence avec les documents étrangers.

Art. 39g Responsabilité

Cette disposition s'inspire de l'art. 69, al. 1, LSFfin.

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

L'obligation de mettre à disposition une feuille d'information de base s'ajoutera aux obligations générales d'information précontractuelles que les art. 3 LCA et 45 LSA, en particulier, prescrivent pour la distribution de produits d'assurance.

De plus, l'al. 2 prévoit que les entreprises d'assurance, lorsqu'elles recommandent une assurance sur la vie qualifiée, doivent indiquer si elles perçoivent des rémunérations provenant de tiers en lien avec le produit d'assurance concerné. Cette disposition prendra par exemple effet en présence d'une assurance sur la vie liée à un fonds de placement, pour laquelle le promoteur du fonds verse une commission de distribution ou de portefeuille à l'entreprise d'assurance. Cette disposition ne s'appliquera pas aux rémunérations perçues par les intermédiaires d'assurance. La publicité des rémunérations des intermédiaires d'assurance non liés sera régie par l'art. 45b P-LSA.

Art. 39i Publicité

Cette disposition reprend les règles générales applicables aux prestataires de services financiers fixées dans l'art. 68 LSFfin.

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

Cette réglementation s'appuie sur celle qui régit la vérification du caractère approprié et l'adéquation des services financiers (art. 10 à 14 LSFfin). Comme dans la LSFfin, 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 du droit, ce qui est dans l'intérêt de tous. Par analogie avec la LSFfin, 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. 39k 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 LSFfin pour les prestataires de services financiers (art. 15 et 16 LSFfin). 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 l'obligation de rendre compte des services fournis sont aujourd'hui des normes généralement reconnues.

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 dans l'art. 43, al. 1, LSA (enregistrement) et fixe les critères qualifiant les seconds dans l'art. 183 OS (obligation d'enregistrement).

Le projet définit les termes d'intermédiaire d'assurance non lié et d'intermédiaire d'assurance lié à l'art. 40, al. 2 et 3. 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. Les circonstances particulières du cas d'espèce continueront à déterminer quelles activités, dans le cas concret, relèvent de l'intermédiation d'assurance au sens de l'al. 1 et quelles activités auxiliaires n'entrent pas dans le champ d'application de cette définition.

Art. 41 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, quant à eux, ne sont pas tenus de s'inscrire à ce registre, mais ils ont le droit de le faire (art. 43, al. 2). L'inscription au registre est soumise à certaines conditions d'ordre personnel, 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 dans l'art. 45 sont respectées. En raison 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 assujettis à la surveillance.

Du fait de la modification de la loi, le contenu de l'actuel art. 44 sera transféré au nouvel art. 41 et complété. L'art. 41 réglera donc 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. 42, al. 4, 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 sa fonction envers les assujettis.

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 actuellement fixée 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 assu-

rance-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 (voir 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 dans 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 appliquer effectivement les instruments dont elle dispose en la matière. 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. 42 **Registre**

La FINMA continuera de tenir un registre des intermédiaires d'assurance non liés directement assujettis à sa surveillance. L'al. 1, qui précise que ce registre couvrira désormais uniquement les intermédiaires d'assurance «non liés», indique clairement, a contrario, que les intermédiaires d'assurance liés ne pourront plus s'inscrire au registre, même sur une base volontaire. La FINMA pourra néanmoins enregistrer des intermédiaires d'assurance non soumis à l'obligation de s'y inscrire 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). Si elle le juge opportun, la FINMA pourra déléguer la tenue du registre à des tiers dans les domaines de moindre importance, comme le prévoit la seconde phrase de l'al. 1. Elle pourra le faire par exemple pour

des éléments complémentaires tels que la preuve de la formation initiale et de la formation continue des intermédiaires d'assurance non liés (cf. art. 43).

La branche sera par ailleurs libre de tenir parallèlement un registre propre couvrant l'ensemble des intermédiaires d'assurance ou d'étendre un registre déjà existant (p. ex. Cicero). C'est pourquoi l'al. 3 autorise la FINMA à communiquer à des tiers les indications contenues dans son registre ou à en permettre la consultation en ligne, de manière à permettre, par exemple, de créer des interfaces donnant accès aux données du registre.

Art. 43 Formation initiale et formation continue

Al. 1

Le nouvel art. 43 reprend largement le contenu de l'art. 6 LSFin tel qu'il était proposé dans le message du Conseil fédéral. L'exigence consistant à disposer des capacités et des connaissances nécessaires s'appliquera à tous les intermédiaires d'assurance, que ceux-ci soient liés ou non. Pour les intermédiaires non liés, le respect de cette exigence sera en outre une des conditions de l'inscription au registre, conformément aux art. 41 et 42. Préciser ainsi que tous les intermédiaires d'assurance devront disposer des capacités et des connaissances nécessaires à l'exercice de leur activité signifie que tout retour à la situation actuelle, telle qu'elle est définie dans l'OS, sera exclu en ce qui concerne cette exigence.

Al. 2 et 3

Les exigences concernant la formation initiale et la formation continue requises des intermédiaires d'assurance ne seront efficaces que si elles s'appuient sur des normes minimales. L'al. 2 demande donc la mise en place d'une telle référence qualitative définissant les capacités et les connaissances dont les personnes concernées devront disposer pour exercer leur activité.

Outre les exigences de base que tous les intermédiaires d'assurance devront remplir en matière de formation initiale et de formation continue, les normes minimales devront définir les exigences spécifiques aux différentes branches d'assurance. En effet, l'intermédiaire qui ne vend que des assurances-responsabilité civile doit remplir d'autres exigences que celui spécialisé dans les assurances sur la vie. De plus, les normes minimales devront être régulièrement adaptées à l'évolution du marché. Pour garantir que ces conditions soient respectées, il appartiendra prioritairement à la branche d'assurance de définir elle-même les normes minimales relatives à la formation initiale et à la formation continue des intermédiaires d'assurance. Les associations de branche ont déjà exprimé, dans le cadre de l'élaboration du présent projet de révision, leur volonté de définir conjointement ces normes. Si toutes les conditions sont remplies, la FINMA reconnaîtra à ces normes la valeur de standard minimal s'appliquant à toute la branche (cf. art. 7, al. 3, LFINMA).

Lors de l'adaptation de l'OS à la présente modification de la loi, il y aura lieu d'examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure les dispositions actuelles de l'ordonnance relatives à la qualification professionnelle (art. 184 OS) devront être révisées. Enfin, le Conseil fédéral ne fera usage de la compétence que lui confère l'al. 3 et ne précisera les exigences à remplir en matière de formation initiale et de

formation continue que si la branche n'élabore pas de norme ou que la norme élaborée est insuffisante.

Art. 44 Activités prohibées

L'al. 2 prévoit que l'interdiction fixée à l'art. 41 du droit actuel (et à l'al. 1, let. a, du présent projet), selon laquelle les intermédiaires d'assurance ne peuvent pas exercer leur activité en faveur d'entreprises d'assurance ou d'autres personnes qui sont 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 d'assurance. Par souci de clarté, la disposition précise que les intermédiaires d'assurance concernés sont ceux qui ne disposent pas de l'autorisation requise par la LSA.

Soulignons que l'activité d'intermédiation exercée pour des entreprises d'assurance cantonales de droit public ne tombe pas sous le coup de la LSA, car ces entreprises ne sont pas soumises à cette loi (cf. commentaires au ch. 4.1.5) et ne doivent donc pas disposer de l'autorisation requise par cette dernière.

Enfin, pour assurer la protection des preneurs d'assurance contre les conflits d'intérêts, l'al. 1, let. b, prévoit 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. 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 que prévoit le droit en vigueur (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'actuel 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 de la 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 fixées 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

Ces dispositions précisent la remise des informations visées à l'al. 1 qui est actuellement réglée à l'al. 2. 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 fixée à l'art. 3, al. 2, LCA pour les entreprises d'assurance, l'al. 3 prévoit qu'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 Prévention des conflits d'intérêts

L'obligation générale des entreprises d'assurance de prévenir si possible les conflits d'intérêts prévue dans l'art. 14a P-LSA s'appliquera également lors de l'intermédiation de services d'assurance, aussi bien pour les entreprises d'assurance exerçant une activité d'assurance directe que pour les intermédiaires d'assurance, liés ou non.

Les dispositions spéciales de l'art. 45b P-LSA s'appliqueront à la perception de rémunérations par les intermédiaires d'assurance non liés.

Art. 45b Publicité des rémunérations

Aujourd'hui, 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, 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 lui paraît optimal et l'intérêt de l'intermédiaire d'assurance non lié à percevoir une rémunération la plus élevée possible.

Les dispositions de l'art. 45b créent une obligation d'information de droit public (droit prudentiel) relative aux rémunérations perçues de tiers et à leur transfert aux preneurs d'assurance. 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, les

tribunaux civils peuvent invoquer les obligations d'informer prévues dans le droit prudentiel pour préciser les relations de droit privé; ces obligations peuvent avoir à ce titre des retombées sur la relation de droit civil.

Al. 1

Cet alinéa indique clairement 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. 2

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 de ces rémunérations au préalable et (2) si l'assuré a renoncé expressément à ce que ces rémunérations lui soient reversées (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 (let. b).

Al. 3

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, l'assuré devra être informé au moins des critères de calcul et des ordres de grandeur. De plus, s'il en fait la demande ultérieurement, il devra être informé du montant effectif des rémunérations perçues, même s'il a renoncé à ce qu'elles lui soient reversées.

Al. 4

Cet alinéa 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.

Art. 46, al. 1

Le complément apporté à la let. b habilitera la FINMA à vérifier 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 P-LSA pour les entreprises d'assurance et dans l'art. 41 P-LSA 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 reprendre la nouvelle terminologie de la LSA.

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

Le terme «mesures de sûreté» est remplacé par «mesures protectrices» dans toute la LSA afin d'aligner la terminologie sur celle de la LB.

Art. 51 Mesures protectrices

Al. 1

Afin que les mesures protectrices soient complètes, le projet prévoit d'ajouter les sociétés d'un groupe ou d'un conglomérat significatives aux sujets de droit susceptibles d'être concernés par ces mesures (voir aussi l'art. 2a P-LSA). Cette modification, qui reflète la pratique actuelle, est codifiée formellement à des fins de clarification.

Al. 2

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'ordonner un sursis ou de proroger les échéances ne doit donc pas se limiter au risque 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 au risque d'insolvabilité.

Al. 3

La règle en vigueur concernant la publication des mesures protectrices est complétée afin qu'il soit 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 protectrice 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.

Al. 4

Cette disposition correspond à l'art. 26, al. 3, LB.

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 très tôt 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 applicable 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 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 protectrices visées à l'art. 51 pourront être ordonnées aussi bien dans une procédure spécifique que dans le cadre d'une procédure d'assainissement ou de faillite assurantielle. En particulier, l'ouverture d'une procédure d'assainissement pourra nécessiter que des mesures protectrices soient également ordonnées.

Al. 3

Cet alinéa reprend sans modifications le contenu de l'actuel art. 53.

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. CO 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)²⁶ permet l'application de lois de police impératives d'États tiers (loi dite d'application immé-

²⁶ 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

diatée). 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 expressément 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*

Actuellement, 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 ajoutée dans le cadre de la présente révision comble cette lacune et crée une base légale expresse pour la procédure d'assainissement. Les nouvelles dispositions sont calquées sur celles de la LB, tout en tenant compte des particularités de la branche de l'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 siège à l'étranger pour ce qui est de leur 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 qu'elle 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). Ces parties de l'entreprise pourront aussi être transférées dans une autre entreprise d'assurance, où leur exploitation se poursuivra 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 aux 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 les modalités de la procédure dans des règles générales et abstraites fixées par ordonnance. 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)²⁷, ainsi que, dans le secteur bancaire, dans son ordonnance du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (OIB-FINMA)²⁸.

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 le présent 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 à l'égard 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

²⁷ RS 961.015.2

²⁸ RS 952.05

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. L'importance de la réduction devra être la même pour tous les créanciers égaux en droits, qu'elle porte sur le montant de la créance ou sur la durée du contrat. Au lieu d'une réduction des créances, l'assainissement pourra 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 une mesure 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 entièrement et durablement 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 défaillance. 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 de tout ou partie du portefeuille d'assurance ou d'autres parties de l'entreprise d'assurance

Al. 1

Le plan d'assainissement pourra prévoir le transfert de tout ou partie du portefeuille d'assurance ou d'autres parties de l'entreprise d'assurance à un autre sujet de droit, qui pourra être soit une autre entreprise d'assurance, soit une société de défaillance. S'il s'agit d'une société de défaillance, 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 P-LSA 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 d'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 accordé seulement pour une durée déterminée et, dans tous les cas, ne devra 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 un autre sujet de droit ou à une société de défaillance. 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 sujets de droit concernés dans les limites de son pouvoir d'appréciation. L'autorité fédérale pourra toutefois toujours ordonner l'exécution d'une évaluation indépendante. Il est également envisageable de combiner les deux possibilités. Ainsi, en même temps qu'elle ordonnerait l'exécution d'une évaluation indépendante, la FINMA déterminerait le montant maximal de la compensation pour permettre la vente. La compensation devra avoir lieu uniquement entre les sujets de droit concernés, les propriétaires ou les créanciers devant être exclus de cette opération. Elle sera intégrée dans le plan d'assainissement sous la forme d'un supplément.

Art. 52d Réduction du capital propre, création d'un nouveau capital propre, conversion des capitaux de tiers en capital propre et réduction des créances

Al. 1

À l'heure actuelle, les propriétaires peuvent en principe exercer un droit de souscription préférentiel (cf. art. 652b CO) lors de la création d'un nouveau capital propre. Or dans certaines situations (p. ex. si un acheteur entend reprendre la totalité du capital-actions), ce droit peut faire échouer l'assainissement. C'est pourquoi l'al. 1 (sur le modèle de la disposition correspondante de l'art. 47 OIB-FINMA, qui régit l'assainissement des banques) dispose qu'en cas de création d'un nouveau capital propre, le droit de souscription préférentiel des propriétaires existants pourra être

retiré à ces derniers, dans la mesure où son exercice pourrait compromettre l'assainissement.

Al. 2

La let. a exclut de la conversion et de la réduction les créances compensables et les créances garanties.

Sont également exclues de la conversion et de la réduction les créances nées d'engagements que l'entreprise d'assurance était habilitée à contracter pendant la durée des mesures protectrices ou pendant la procédure d'assainissement, avec l'approbation de la FINMA ou celle du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement nommés par elle (let b). Cette exclusion permet de protéger notamment les créances de prestataires de services et d'autres créanciers qui continuent de fournir leurs prestations pendant la durée des mesures protectrices ou de la procédure d'assainissement. Il faut éviter en effet que ces créanciers, inquiets de la crise qui se profile et des éventuelles mesures d'assainissement, ne résilient le contrat les liant à l'entreprise d'assurance en difficulté ou ne fournissent plus leurs prestations qu'à la condition d'obtenir des sûretés ou des avances. Grâce à l'exclusion de ces créances, les droits des créanciers concernés seront garantis. La procédure concordataire de droit commun prévoit une réglementation comparable dans l'art. 310, al. 2, LP, selon lequel les dettes contractées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire constituent des dettes de la masse dans un concordat par abandon d'actifs ou dans une faillite subséquente. Des règles similaires s'appliqueront en cas de faillite (cf. art. 54b^{bis} P-LSA).

La let. c exclut en outre de la conversion et de la réduction les créances nées de contrats d'assurance pour lesquels une fortune liée au sens de l'art. 17 LSA est prescrite et suffit à garantir les prétentions.

Ne sont pas exclues les créances privilégiées visées à l'art. 219, al. 4, LP, ni les autres créances privilégiées selon la LSA (c.-à-d. les créances nées de contrats d'assurance non garantis par une fortune liée ou pour lesquels la fortune liée constituée ne suffit pas à garantir les prétentions). Cela s'explique comme suit: les créances privilégiées qui résultent de contrats d'assurance et qui sont garanties par une fortune liée sont certes rangées dans la première classe mais, en raison de leur volume total (elles peuvent représenter plus de 90 % des créances), elles doivent aussi faire l'objet des mesures prévues si l'on veut que l'assainissement aboutisse.

Al. 3

Les assurés et les autres créanciers des entreprises d'assurance doivent être privilégiés par rapport aux propriétaires et aux actionnaires, qui supportent le risque entrepreneurial. C'est pourquoi l'al. 3, let. a, dispose qu'avant d'effectuer une conversion ou de réduire les créances et, par conséquent, de faire largement ingérence dans les droits financiers des assurés et des autres créanciers, il y a lieu de réduire la totalité du capital-actions existant. Cette opération aura pour effet de supprimer tous les droits des actionnaires, y compris 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. 4, let. f, ci-après).

Sur le modèle de 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 peuvent alors être réduites conformément à l'ordre prévu dans la LP.

Viennent ensuite les créances d'assurés nées de contrats d'assurance pour lesquels aucune fortune liée au sens de l'art. 17 n'est prescrite (let. c). Conformément aux règles de collocation, ces créances 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. Elles doivent donc être réduites avant les créances de deuxième et de première classe visées à l'art. 219, al. 4, LP (let. d et e). 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. f, 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 vie²⁹ (cf. art. 29 de cette loi, abrogée lors de l'adoption de la LSA).

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

Al. 5

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, LSA). 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 expresse. 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

²⁹ RS 10 303; RO 1978 1836, 1992 288 2363, 1993 3211, 1995 1227

dit 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'appliquera 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 défaisance.

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 en 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 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 cette clause de 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 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 au sens de l'art. 17 est prescrite à titre de garantie. Cela signifie que cette possibilité ne concerne pas la réassurance (cf. art. 35), les contrats conclus avec des contreparties professionnelles (cf. art. 30*a*) ni l'assurance interne au groupe (cf. art. 30*d*). Une modification des contrats s'appliquant à tous les assurés et garantissant ainsi l'égalité de traitement de ces derniers sera néanmoins possible dans ces cas également.

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 et 2

Les mesures prévues aux art. 52*d* et 52*e* portent une atteinte considérable aux droits des assurés. L'art. 52*f* en tient compte puisqu'il accorde à ces derniers des droits supplémentaires. C'est ainsi que les al. 1 et 2 octroient aux assurés un droit de résiliation extraordinaire calqué sur celui 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 protectrices d'accompagnement, telles que l'octroi d'un sursis ou la prorogation des échéances de paiement, afin de stabiliser la situation.

Al. 3

Si le portefeuille d'assurance est totalement ou partiellement transféré à un autre sujet de droit 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 devant être assainie, 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. 30*a* LB. Elle habilite la FINMA à prendre les mesures prévues à la section 2 (Mesures protectrices, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation) sans que cela n'entraîne l'exercice des droits de résiliation contractuels ou des droits visés à l'art. 52*f*. 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. 52*h*.

Al. 1

Un ajournement restera possible en principe lorsque la FINMA ordonnera ou autorisera une ou plusieurs mesures prévues à la section 2 (Mesures protectrices, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation). Cette possibilité garantira l'application de l'al. 1, notamment aux cas pour 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 autres contrats. Outre les contrats d'assurance, il sera donc possible d'ajourner en particulier les contrats 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 concerne-

ra non seulement les droits de résiliation, mais aussi, selon la let. b, les droits de compensation, de réalisation ou de transfert visés à l'art. 51b. Cet alinéa s'appliquera également à la résiliation automatique des contrats, comme l'indique le libellé de la let. a.

Al. 2

Cet alinéa dispose qu'un ajournement peut être ordonné pour tous les contrats qui lient la résiliation ou l'exercice d'un des droits visés à l'al. 1 à la décision d'appliquer ou d'autoriser les mesures prévues à la section 2 (Mesures protectrices, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation). 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 (fourniture de garanties plus élevées, p. ex.) 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, même si l'ajournement reste justifié au-delà de ce délai. 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 conditions 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 au sens de l'al. 1 n'a pas de rapport avec les mesures prévues à la section 2 (Mesures protectrices, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation). Il est à noter qu'en vertu de l'al. 2 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 pour cette raison notamment que l'ajournement de la résiliation de contrats de réassurance nécessite l'instauration d'une disposition dérogeant à l'art. 52g, qui donne à l'entreprise d'assurance à assainir la possibilité, en fournissant la sécurité juridique nécessaire, de remplacer la couverture de réassurance de son portefeuille d'assurance sur le marché ou de maintenir la couverture existante.

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]). 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 une durée pouvant aller jusqu'à quatre mois. Toutefois, afin de tenir compte 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, un droit de regard sur l'assureur direct, droit qui est inscrit dans les contrats de réassurance, conformément aux normes en vigueur. Il n'est donc pas nécessaire de réglementer ces droits dans la LSA, d'autant plus qu'ils peuvent être également accordés par la FINMA en vertu de l'art. 52h, al. 4. Il incombe en outre au délégué à l'assainissement de prendre les mesures organisationnelles qui s'imposent (principe du double contrôle, contrôles par échantillonnage, etc.) pour s'assurer que le règlement des sinistres est effectué avec 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 où 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 des propriétaires de l'entreprise d'assurance ne sera en revanche pas requise (cf. al. 2). En même temps qu'elle publiera les grandes lignes du plan d'assainissement, la FINMA devra indiquer comment les créanciers et les propriétaires concernés pourront consulter ce plan (al. 3). Les conditions d'homologation du plan d'assainissement ne sont pas énumérées de manière exhaustive. Celui-ci devra d'abord satisfaire aux exigences légales définies à l'art. 52b, puis remplir en particulier les conditions suivantes: (1) ne pas être moins favorable aux créanciers que l'ouverture immédiate de la faillite de l'entreprise d'assurance, (2) 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 (3) tenir compte de manière appropriée 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 poursuite des activités. Les actifs et les passifs devront être évalués, et l'assainissement requis devra être estimé conformément au principe de prudence. Ce principe est également énoncé à l'art. 31,

al. 1, let. a, LB ou à l'art. 30c, al. 1, let. a, P-LB. L'évaluation devra tenir compte en particulier des pertes auxquelles il faut s'attendre. Elle pourra aussi se fonder sur les particularités résultant du droit de la surveillance des assurances.

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. La FINMA disposera certes d'une grande marge d'appréciation pour comparer ces valeurs, mais elle 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 de couverture d'assurance équivalente auprès d'une autre assurance en raison de leur âge ou de leurs problèmes de santé. Il sera donc 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 de la conjoncture. Comme il n'est pas possible de répondre à cette question de manière générale, 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 des créances, de la conversion ou d'un sursis au paiement. Si les mesures d'assainissement affectent directement les droits des créanciers, l'al. 1 prévoit que la FINMA devra fixer, au plus tard au moment de l'homologation, un délai dans lequel les créanciers pourront refuser le plan d'assainissement.

La FINMA est tenue d'intégrer les créanciers dans la procédure 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 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 sera 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 section 2*b*. Le droit de refuser le plan d'assainissement appartient non seulement aux assurés, mais également à tous les créanciers de l'entreprise d'assurance.

Art. 52l Effets juridiques du plan d'assainissement

La réglementation proposée dans cet article vise à exclure toute insécurité juridique concernant le moment de l'entrée en force du plan d'assainissement. L'al. 1 dispose que ce plan prendra effet immédiatement à l'expiration du délai visé à l'art. 52*k*, al. 1, pour son refus, à condition que ce délai n'ait pas été utilisé. Cette réglementation s'inspire de celle qui est prévue dans la procédure de recours, selon laquelle un recours fondé sur l'art. 54*d* n'a pas d'effet sur la validité juridique du plan d'assainissement. Il s'ensuit que l'entrée en force immédiate du plan d'assainissement supplante les éventuelles prescriptions de forme. Ainsi, par souci de clarté, l'al. 2 précise qu'en particulier le déploiement immédiat des effets juridiques du plan d'assainissement prime également les règles générales relatives à l'inscription au registre foncier ou au registre du commerce (cf. al. 2).

Art. 52m Prétentions

Al. 1 et 2

L'art. 52*m* s'inspire de l'actuel art. 32 LB. Ainsi, la nouvelle LSA autorisera également l'exercice de prétentions en matière de révocation pendant une procédure visant à assurer la poursuite des activités de la société. Par conséquent, les actions pauliennes que l'entreprise d'assurance peut intenter en vertu des art. 285 à 292 LP seront déjà autorisées lors de la procédure d'assainissement, une fois le plan d'assainissement homologué, sans qu'il faille attendre la procédure de liquidation (qui peut d'ailleurs ne jamais être ouverte) (cf. al. 1). Quant aux créanciers, ils n'auront la possibilité de faire valoir des prétentions pauliennes que si un plan d'assainissement portant atteinte à leurs droits ne prévoit pas que l'entreprise d'assurance assainie ait le droit de demander la révocation d'actes juridiques ou si cette entreprise n'exerce pas ce droit (cf. al. 2). Chaque créancier ne sera en outre habilité à faire valoir ses créances que dans les limites où le plan d'assainissement porte atteinte à ses droits (en d'autres termes, la LSA ne prévoit pas de cession de droits conforme à l'art. 260, al. 1, LP). Le droit de révocation s'appliquera aussi en principe aux créances contractées pendant la procédure d'assainissement. Étant donné toutefois que l'assainissement sera exécuté sous la surveillance de la FINMA, il ne devrait que rarement y avoir de motifs de révocation concernant ces créances.

La doctrine critique l'inégalité de traitement que l'art. 32 LB crée par rapport à la procédure d'assainissement de droit commun. À cette critique, il faut opposer le fait que l'élément déterminant pour un créancier touché par une restriction de ses droits est justement cette restriction, et non la question de savoir si la société continuera

d'exister ou disparaîtra au terme de la procédure. Le fait que ce soit précisément l'entreprise d'assurance devant être assainie qui ait conclu l'acte juridique révocable avec le bénéficiaire ne joue généralement aucun rôle pour les créanciers, du fait de la désignation d'un délégué à l'assainissement (dans la mesure où, selon l'al. 2, le créancier n'est pas autorisé d'office à demander la révocation).

Al. 3

Le plan d'assainissement doit pouvoir être appliqué immédiatement, et les éventuels nouveaux sujets de droit concernés exercer leurs fonctions sans délai. Or cela n'est pas possible tant que des actes juridiques fondés sur le plan d'assainissement, tels que le transfert de valeurs patrimoniales, peuvent faire l'objet d'une action paulienne au sens des 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 protectrices 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 doit être modifiée du fait de l'instauration de la réglementation relative à l'assainissement, mais son contenu reste le même. Elle correspond à l'art. 33 LB. L'actuel art. 53, al. 1, règle ce que le P-LSA règle à l'art. 51 (pour que la faillite soit ouverte, il faut que des raisons sérieuses laissent craindre un surendettement ou des problèmes de liquidités). Il suffit donc, dans le nouvel al. 1 de l'art. 53, de renvoyer à l'art. 51a, al. 1. Du fait de la nouvelle réglementation fixée à l'art. 51a, il n'y a plus lieu de maintenir l'al. 2.

Art. 54, al. 2 et 3

Les actuels al. 2 et 3 sont regroupés dans le nouvel al. 2. Par souci de clarté, le terme vague et équivoque de «mesures» figurant dans l'actuel al. 3 est supprimé. Il n'en résulte aucune modification sur le plan matériel. Le nouvel al. 3 donne à la FINMA la compétence de préciser les modalités de la procédure.

Art. 54a Créances d'assurés nées de contrats d'assurance

L'al. 1 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 lors de la procédure de faillite, 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 nouvel art. 54a^{bis}).

Par souci de clarté, la terminologie de l'al. 1 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 celui-ci se limite aux créances nées d'un contrat d'assurance. Les contreparties (partenaires contractuels) n'étant pas mentionnées, elles sont exclues de ce traitement privilégié.

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. Prévus à l'heure actuelle à l'art. 35, al. 2, OFA-FINMA, cette compétence sera donc inscrite dans la LSA, sous une forme légèrement modifiée. Elle se traduira par une nette accélération des remboursements, car le liquidateur n'aura plus besoin d'attendre l'entrée en force de l'état de collocation. Si ce n'était pas le cas, 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 rédactionnelle.

Art. 54b^{bis} Engagements contractés lors de mesures protectrices ou pendant la procédure d'assainissement

Cette disposition correspond à l'art. 37 LB. Elle prévoit qu'en cas de faillite assurantielle, les engagements que l'entreprise d'assurance a eu le droit de contracter pendant la durée des mesures ordonnées par la FINMA ou pendant la procédure d'assainissement, avec l'approbation de la FINMA ou celle du chargé d'enquête ou du délégué à l'assainissement nommés par elle, 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. Si ces créances n'étaient pas prioritaires, l'entreprise d'assurance devant être assainie risquerait de ne plus trouver de partenaires contractuels, en raison du risque de défaillance qu'elle présente, ce qui compromettrait son assainissement.

Section 2c Procédure

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

La partie recourant contre l'homologation du plan d'assainissement ne pourra pas prétendre à l'annulation ou à la modification du plan, ni par conséquent au transfert inverse des actifs, des passifs et des contrats.

S'appuyant sur la disposition correspondante de la LB, l'art. 54d garantit l'exécution d'un assainissement intégral en temps utile, ce qui est dans l'intérêt de toutes les parties. Il faut en effet éviter dans tous les cas que l'assainissement ne soit entravé

par des processus interminables portant sur des points particuliers. Les intérêts pécuniaires des créanciers ou des propriétaires ne pourront être réparés qu'au moyen d'une indemnisation. L'entreprise d'assurance sera aussi légitimée à recourir. Cette réglementation se justifie dans la mesure où une faillite ferait subir à toutes les parties des inconvénients plus graves qu'un assainissement, celui-ci ne pouvant être ordonné que si les conditions fixées à l'art. 52j P-LSA sont réunies.

Le fait d'utiliser les nouveaux fonds directement à des fins d'indemnisation pourrait compromettre la poursuite des activités de l'entreprise d'assurance assainie. Pour éviter cette situation, l'éventuelle indemnisation prendra en règle générale la forme d'une attribution d'actions, d'autres droits de participation, d'options ou de bons de récupération. L'indemnisation en espèces sera également possible, mais devra rester l'exception et porter sur des sommes relativement modestes. Afin que l'entreprise d'assurance dispose de moyens suffisants pour accorder une indemnité, des mesures préparatoires pourront être prises dans le plan d'assainissement. Une partie des nouvelles actions qui seront émises pourraient par exemple être retenues et ne pas (encore) être distribuées aux créanciers concernés. Ces actions resteraient alors la propriété de l'entreprise d'assurance (propres actions), et les créanciers recevraient la même valeur que si toutes les actions en circulation leur étaient distribuées. Si un tribunal ordonnait ensuite l'octroi d'une indemnité, les actions retenues pourraient être distribuées aux recourants ayant obtenu gain de cause.

Art. 54e Recours 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 dans la LSA requiert d'étendre le champ d'application de cette disposition par analogie avec l'art. 24 LB. La disposition change en outre de numéro. Les mesures protectrices 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 lors 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), contre les opérations de réalisation et contre l'approbation du tableau de distribution et du compte final (cf. art. 54c dans la version de la LEFin). En cela, l'al. 1 est analogue à l'art. 24, al. 2, LB, applicable en cas d'insolvabilité d'une banque.

L'al. 2 précise l'objet du recours contre des opérations de réalisation au sens de l'al. 1, let. b. Cette précision est nécessaire eu égard au fait que dans la procédure de faillite assurantielle, le liquidateur de la faillite n'aura pas compétence pour rendre des décisions. À la différence de l'homologation du plan d'assainissement et de l'approbation du tableau de distribution ou du compte final par la FINMA, les opérations de réalisation du liquidateur de la faillite ne sont donc pas des décisions au sens

de la PA. Elles ne fondent, modifient ou suppriment aucun droit ni aucune obligation, et ne présentent aucune des caractéristiques définissant les décisions au sens de l'art. 5 PA. Elles constituent plutôt des actes matériels au sens de l'art. 25a PA, c'est-à-dire des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations. Or toute personne ayant un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour de tels actes rende une décision par laquelle, entre autres, elle constate l'illicéité d'actes matériels ou s'abstient d'actes illicites. L'al. 2 se fonde sur cet article de la PA et donne à toute personne touchée par une opération de réalisation le droit d'exiger de la FINMA qu'elle rende une telle décision. Étant donné qu'en règle générale, le liquidateur de la faillite annonce l'opération de réalisation à l'avance, la personne touchée aura ainsi la possibilité de requérir une décision rendant compte de l'illicéité de cette opération. En application de l'art. 25a PA, la FINMA fondera sa décision sur un examen de l'illicéité de l'opération de réalisation, mais non du caractère approprié de cette dernière.

Art. 54f Délais de recours

Par souci de clarté, cette disposition précise quels sont les délais de recours et à partir de quand ils commencent à courir dans les différentes procédures de recours.

Art. 54g Effet suspensif

Cette disposition correspond à la base légale en vigueur en matière de faillite (art. 54e, al. 3, dans la version de la LEFin). Elle étend cette réglementation aux nouvelles mesures protectrices 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, conformément à l'art. 51a, al. 1, ordonne des mesures protectrices, une procédure d'assainissement ou la faillite assurantielle, 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. 54h 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. 2, let. b, LCR.

Art. 54i 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. 54*d*) renvoie aux art. 37*f* et 37*g* LB. Les dispositions proposées dans les art. 54*h* et 54*i* P-LSA amélioreront la transparence et réglementeront, 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. 54*i* P-LSA 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. 37*g* 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 régler explicitement le privilège accordé à la fortune liée dans le cadre de la reconnaissance et de combler ainsi une lacune.

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

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

Section 4 (titre)

Le titre de la section 4 est adapté à la nouvelle terminologie.

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. Cette solution, qui est contraire au droit de la faillite, ne sera plus nécessaire. 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.

Art. 67 Instruments de la surveillance des groupes

Définie légalement depuis l'adoption de la LEFin (cf. art. 11 LEFin), la pratique reconnue de la FINMA en matière d'autorisation sera inscrite expressément dans la

LSA, de même qu'elle l'est dans les autres lois sur les marchés financiers. En clair, l'établissement assujéti à la surveillance de la FINMA, en l'occurrence le groupe d'assurance, devra lui aussi présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Al. 1 et 2

Comme c'est le cas actuellement, les personnes ayant des responsabilités à l'échelle du groupe devront jouir d'une bonne réputation et présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable.

Le groupe d'assurance en tant que tel devra aussi présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable (cf. version publiée dans l'annexe, ch. II, 19, LÉFin³⁰, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020).

Le nouveau droit maintiendra ces exigences de première importance. Le droit européen et les normes internationales (ICP et ComFrame³¹), en particulier, attachent aussi une grande importance à ce que les répondants à l'échelle du groupe présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable. La réglementation proposée satisfera donc aux exigences internationales.

Al. 3

Le groupe d'assurance devra être organisé de manière à pouvoir, en particulier, déterminer, limiter et contrôler les risques principaux.

Le renvoi à la gestion qualitative des risques est donc global et inclut tous les éléments déterminants de la surveillance individuelle, en les transposant à l'échelle du groupe. Il faut citer en particulier la gestion des risques visée à l'art. 22 LSA, le contrôle interne de l'activité prévu à l'art. 27 LSA, la garantie des fonctions de contrôle et de la fonction actuarielle, ainsi que les responsabilités à l'échelle du groupe.

La réglementation proposée correspond à l'art. 3f LB. Elle contribuera donc à l'harmonisation de la surveillance des marchés financiers, dans un domaine où une telle harmonisation paraît judicieuse eu égard également au fait que les assurances et les banques ont des modèles économiques différents.

Le droit de l'UE contient également un renvoi de ce genre, fondé sur une logique comparable³². De plus, la réflexion est la même dans les normes ICP et ComFrame, qui prescrivent aussi une gestion qualitative des risques globale, à l'échelle du groupe.

Al. 4

Les groupes d'assurance auront l'obligation de préparer des plans de stabilisation. Il s'agit ainsi de s'assurer, à titre préventif, que les groupes d'assurance prendront les

³⁰ RO 2018 5247, 2019 4631

³¹ AICA, *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*, novembre 2019. Disponible sous www.iaisweb.org

³² Cf. art. 246 de la directive Solvabilité II de l'UE.

mesures qui permettront à leurs unités de réagir opportunément en cas de difficultés financières (p. ex. réduction des risques, vente d'actifs ou transfert de portefeuille). Les mesures qui s'imposent devront être arrêtées par les groupes eux-mêmes. Ces plans de stabilisation correspondent à ceux qui sont prévus dans les normes internationales.

La FINMA pourra en outre exiger des groupes d'assurance qu'ils prennent aussi d'autres mesures d'intervention en cas de crise ou d'instabilité financière, notamment qu'ils mettent en œuvre des plans de liquidation. L'exigence relative aux plans de liquidation correspond également à ce que prévoient les normes internationales. La forme potestative de cette disposition indique que la FINMA pourra suivre une approche basée sur les risques.

Les exigences définies dans cet alinéa pourront aussi s'appliquer à des sous-groupes.

Al. 5

Il appartiendra au Conseil fédéral de préciser les dispositions d'application des normes ComFrame dans l'OS. Cette délégation de compétence permettra d'appliquer les normes internationales avec davantage de flexibilité.

Art. 69 Solvabilité

Les prescriptions en matière de solvabilité édictées aux art. 9 à 9c P-LSA devront être respectées non seulement par chacune des entreprises d'assurance appartenant à un groupe, mais aussi par le groupe d'assurance dans son ensemble. Cette obligation garantit que le 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 et d'annoncer

L'obligation de renseigner et d'annoncer arrêtée à l'art. 29 LFINMA s'applique également aux sociétés du groupe significatives, 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 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.

Al. 2

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.

L'al. 2 indique que la FINMA ne fera usage de cette compétence que si cela paraît judicieux au vu des circonstances.

Art. 75 Instruments de la surveillance des conglomérats

Les instruments de la surveillance des conglomérats sont identiques à ceux de la surveillance des groupes. Nous renvoyons par conséquent au commentaire de l'art. 67.

Art. 77 Solvabilité

Les modifications proposées à l'al. 1, qui reprennent la formulation de l'art. 9, 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, comme il ressort du renvoi aux art. 9 à 9c figurant 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 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.

Al. 2

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.

L'al. 2 indique que la FINMA ne fera usage de cette compétence que si cela paraît judicieux au vu 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 LSFfin pour les prestataires de services financiers.

Art. 80 Droits

L'application efficace du droit passe impérativement par une connaissance suffisante de la relation commerciale ou juridique concernée, autant de la part de l'entreprise ou de l'intermédiaire d'assurance que de la part du 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'entreprise ou l'intermédiaire 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 du droit des contrats tels que le principe de la bonne foi. 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'entreprise ou

l'intermédiaire d'assurance a l'obligation de tenir (cf. p. ex. art. 30*b*, 39*h*, 45 et 45*a*). 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'entreprise ou de l'intermédiaire 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'entreprise ou l'intermédiaire 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'entreprise ou à l'intermédiaire 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 ne fonde aucun droit au versement d'une indemnité ou au remboursement des frais occasionnés. 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, obligation qui doivent de toute façon être remplies.

Al. 3

Le refus de l'entreprise ou de l'intermédiaire 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 ester en justice de bonne foi.

Chapitre 7a *Organe de médiation*

La position des preneurs d'assurance ne sera réellement améliorée que si ces derniers ont la possibilité d'agir efficacement, avec les moyens à leur disposition en matière d'application du droit privé, en cas d'un éventuel comportement fautif de l'entreprise ou de l'intermédiaire d'assurance. C'est pourquoi la présente révision de la LSA prévoit de renforcer le système de médiation. Alors que le recours à ce système est aujourd'hui volontaire, la nouvelle réglementation prévoit d'inscrire la médiation dans la loi et de l'étendre aux litiges entre les preneurs d'assurance et les intermédiaires d'assurance non liés. Les organes de médiation continueront toutefois

à n'intervenir qu'en qualité de médiateurs entre les parties et n'auront pas de compétences décisionnelles.

Sur le modèle des dispositions de la LSFⁱⁿ, la LSA réglementera les principes de cette procédure particulière de règlement des litiges (art. 82 à 82*b*), les obligations des entreprises et des intermédiaires d'assurance (art. 82*c* à 82*i*) et la reconnaissance des organes de médiation (art. 83 à 83*c*).

Section 1 Médiation

«Concilier d'abord, juger ensuite». Ce principe largement éprouvé, qui est fixé de longue date dans le code de procédure civile suisse (cf. art. 197 du code de procédure civile [CPC]³³), sera inscrit expressément dans la loi pour ce qui est des litiges de droit civil entre les entreprises ou les intermédiaires d'assurance et les preneurs d'assurance.

Ce principe est au demeurant conforme aux normes reconnues sur le plan international, notamment aux recommandations du G20 et de la Banque mondiale³⁴, ainsi qu'aux dispositions relatives au règlement extrajudiciaire des litiges arrêtées dans le droit de l'UE³⁵. 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, comme l'Ombudsman de l'assurance privée et de la Suva (cf. ch. 4.1.4 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. 82 Principe

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 et 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 intermé-

³³ RS 272

³⁴ 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

³⁵ Cf. art. 15 (1) de la directive 2016/97/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (refonte), JO L26/19, et art. 75 (1) de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JO L 173 du 12.6.2014, p. 349, modifiée en dernier lieu par le règlement (UE) 909/2014, JO L 257 du 28.8.2014, p. 1 (MiFID II).

diaires d'assurance (art. 41, al. 2, let. e) et, pour les entreprises d'assurance, l'octroi de l'autorisation (art. 6, al. 1).

Art. 82a Procédure

L'art. 82a précise les principes déterminants de la procédure de médiation. Ceux-ci sont conformes aux normes générales reconnues sur le plan international³⁶ et s'appuient sur la réglementation de la procédure de médiation applicable en cas de litiges entre des banques ou d'autres prestataires de services financiers et leurs clients.

Al. 1

L'al. 1 définit les principes essentiels et l'esprit de la procédure de médiation, qui doit être non bureaucratique, équitable, rapide, impartiale et peu onéreuse, voire gratuite, pour le preneur d'assurance.

Al. 2

L'al. 2 dispose que la procédure menée devant l'organe de médiation sera confidentielle, ce qui permettra aux parties de parvenir plus facilement à un accord. La disposition précise en outre – comme l'art. 75, al. 2, LSFfin pour la procédure de médiation ou l'art. 205, al. 1, CPC pour la procédure de conciliation – que les déclarations des parties, de même que la correspondance entre l'une des parties et l'organe de médiation, ne pourront pas être utilisées dans le cadre d'une autre procédure, par exemple lors d'un procès civil ultérieur. Une exception est cependant prévue à l'al. 8, qui stipule qu'en cas d'échec de la médiation, l'organe de médiation pourra se fonder sur les informations dont il dispose pour réaliser sa propre évaluation juridique du litige et l'intégrer dans sa communication de clôture de la procédure, à titre de proposition de règlement.

Al. 3

Le commentaire de l'al. 2 vaut aussi pour l'al. 3. Les déclarations qu'une partie fait uniquement à l'organe de médiation devront être traitées confidentiellement. C'est pourquoi les parties n'auront pas le droit de consulter la correspondance entre l'organe de médiation et la partie adverse.

Al. 4

L'al. 4 fixe les conditions cumulatives de l'admissibilité d'une demande de médiation.

³⁶ Cf. p. ex. G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, octobre 2011, ch. 9; Banque mondiale, Resolving Disputes between Consumers and Financial Businesses: Fundamentals for a Financial Ombudsman, janvier 2012, pp. 45 ss.

Al. 5

Cette disposition relative à la langue officielle applicable permettra de tenir compte des particularités individuelles de la relation d'affaires entre l'entreprise ou l'intermédiaire d'assurance et le preneur d'assurance.

Al. 6

L'al. 6 fixe les règles centrales de la procédure de médiation, à savoir que l'organe de médiation ne sera soumis à aucune directive et qu'il appréciera librement les affaires qui lui sont soumises. Ces règles ont pour but de garantir que la procédure de médiation est conforme aux principes de l'état de droit.

Al. 7

Cette disposition charge l'organe de médiation de prendre les mesures appropriées pour exécuter la procédure de médiation. Il devra notamment entendre les parties et leur donner la possibilité de prendre position, sans qu'il n'en résulte pour autant de droit légal des parties à la tenue d'une procédure orale. Toutefois, l'organe de médiation sera libre de prévoir ce droit dans son règlement de procédure.

Al. 8

L'organe de médiation pourra procéder à sa propre évaluation du litige et l'intégrer dans la communication de clôture de la procédure à titre de proposition de règlement. La procédure de médiation s'achèvera par le retrait de la demande, par un accord entre les parties, par le rejet de la proposition de conciliation par au moins une des parties, ou encore par le rejet de la demande par l'organe de médiation lorsque celui-ci la considérera comme abusive.

Art. 82b Relation avec la procédure de conciliation et avec d'autres procédures

Cette article règle la relation entre la procédure de médiation particulière devant un organe de médiation reconnu et la procédure générale prévue par le droit de la procédure civile aux fins de l'exercice de droits et de prétentions de droit civil. Le principe est que les procédures civiles générales doivent rester indépendantes des procédures de médiation particulières de manière à préserver l'intégralité des droits et des garanties de procédure de toutes les parties concernées. Cela vaut notamment en ce qui concerne les compétences territoriale, matérielle et fonctionnelle, le droit d'être entendu ainsi que le droit à un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (art. 6 CEDH³⁷)

Al. 1

L'al. 1 prévoit qu'une demande de médiation n'exclura pas l'introduction d'une action civile. Cette disposition aura toute son importance dans la pratique lorsqu'une

³⁷ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)

entreprise ou un intermédiaire d'assurance déposera une demande de médiation, car elle laissera au preneur d'assurance la possibilité de saisir une juridiction ordinaire. Si c'est au contraire un preneur d'assurance qui dépose une demande de médiation, l'entreprise ou l'intermédiaire d'assurance devra participer à la procédure devant l'organe de médiation.

Al. 2

Le CPC prévoit que la procédure au fond doit être précédée d'une tentative de conciliation (cf. art. 197 CPC). Or, après l'échec d'une procédure de médiation, une telle tentative de conciliation n'a plus de raison d'être. L'al. 2 précise par conséquent que la partie qui décide d'introduire une action en justice au terme d'une procédure de médiation peut renoncer unilatéralement à l'exécution de la procédure de conciliation au sens du CPC (voir aussi le commentaire de la disposition parallèle correspondante fixée dans le nouvel art. 199, al. 2, let. e, CPC au ch. 0).

Al. 3

Étant donné que la procédure devant un organe de médiation n'aura en principe pas d'influence sur celle ouverte devant une juridiction ordinaire, l'al. 3 prévoit que l'organe de médiation clora la procédure dès qu'une autorité de conciliation, un tribunal, un tribunal arbitral ou une autorité administrative sera saisi de l'affaire.

Section 2 Obligations des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance

Art. 82c Obligation d'affiliation

Al. 1

Afin que les preneurs d'assurance aient la possibilité de recourir à une procédure devant un organe de médiation pour tous les litiges, l'art. 82c dispose que les entreprises d'assurance ainsi que les intermédiaires d'assurance non liés auront l'obligation de s'affilier à un organe de médiation reconnu. Il précise en outre que les entreprises et les intermédiaires d'assurance au sens de la LSA devront remplir cette obligation d'affiliation au plus tard au moment où ils commencent leur activité.

Pour les entreprises et les intermédiaires d'assurance soumis à sa surveillance, la FINMA vérifiera, dans le cadre de cette surveillance, qu'ils ont rempli leur obligation d'affiliation. Pour les intermédiaires d'assurance non liés, l'affiliation à un organe de médiation reconnu sera une condition de leur inscription au registre desdits intermédiaires (cf. art. 41, al. 2, let. e).

En vertu des dispositions spéciales correspondantes prévues dans la LSA, les prescriptions sur la médiation (art. 82 à 82b) et les obligations des entreprises et des intermédiaires d'assurance (art. 82c à 82i) ne s'appliqueront pas aux entreprises d'assurance (1) qui assurent des preneurs d'assurance professionnels (art. 30a), (2) qui exercent une activité d'assurance directe ou de réassurance au sein de leur groupe (art. 30d, al. 1) ou (3) qui exercent exclusivement une activité de réassurance (art. 35, al. 1). Par analogie, les intermédiaires d'assurance dont l'activité se limite à l'intermédiation de contrats de réassurance ou de contrats d'assurance internes au

groupe ne seront pas non plus assujettis à l'obligation d'affiliation à un organe de médiation (art. 82c).

Al. 2 et 3

Si une entreprise ou un intermédiaire d'assurance n'a aucune possibilité de s'affilier à un organe de médiation, le DFF sera habilité à contraindre l'un de ces organes à l'admettre. De plus, si plusieurs entreprises ou intermédiaires d'assurance ne trouvent pas d'organe de médiation approprié auquel s'affilier, le Conseil fédéral pourra en désigner ou en instituer un.

Dans le secteur de l'assurance privée, il existe actuellement deux organes de médiation: la fondation Ombudsman de l'assurance privée et de la Suva et l'Office de médiation de l'assurance-maladie. Il est cependant probable qu'un nouvel organe de médiation sera créé pour les intermédiaires d'assurance non liés. Mais si contre toute attente la branche n'en crée aucun, le Conseil fédéral fera usage de la compétence que lui donne l'al. 3. On peut toutefois déjà affirmer qu'il n'est pas envisagé d'attribuer les intermédiaires d'assurance non liés aux deux organes de médiation mentionnés ci-dessus si ceux-ci s'y opposent.

La forme juridique de l'affiliation à un organe de médiation reconnu ainsi que les droits et les obligations des entreprises et des intermédiaires d'assurance à l'égard de cet organe seront précisés dans le règlement d'organisation de l'organe de médiation concerné (voir aussi à ce sujet le ch. 4.1.4).

Art. 82d Obligation de participation

Les entreprises et les intermédiaires d'assurance concernés par des demandes de médiation de preneurs d'assurance auront l'obligation de participer à la procédure (al. 1). Ils devront notamment collaborer aux actes de procédure (négociations, établissement des faits, etc.) et donner suite dans les délais aux mandats de comparution, aux invitations à prendre position et aux demandes de renseignements (al. 2). L'organe de médiation sera libre du choix des actes de procédure appropriés; un preneur d'assurance ne pourra donc pas exiger, par exemple, la convocation d'une entreprise ou d'un intermédiaire d'assurance. Cette décision sera laissée à l'appréciation de l'organe de médiation. L'obligation de participation des entreprises et des intermédiaires d'assurance – qui existe également au Royaume-Uni et en Irlande, par exemple³⁸ – garantit, au-delà de l'obligation d'affiliation, qu'une demande de médiation présentée par un preneur d'assurance donnera effectivement lieu à une procédure devant l'organe de médiation.

³⁸ Contratto, Franca, *Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor*, PJA 2012, pp. 217 ss et 228; Weber, Rolf H., *Anlegerschutz durch regulatorisches Enforcement*, in: Sethe/Hens/von der Crone/Weber (éd.), *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht* kontrovers diskutiert, Zurich 2013, pp. 319 ss et 331

Art. 82e Obligation d'information

Pour que la possibilité d'une médiation devant un organe de médiation reconnu soit utilisée efficacement, il est essentiel que les preneurs d'assurance en aient connaissance. C'est pourquoi les entreprises et les intermédiaires d'assurance seront tenus d'informer les preneurs d'assurance sur ce point. Cette information devra être fournie lors de l'établissement de la relation d'affaires, en cas de refus d'un droit que fait valoir le preneur d'assurance, ou encore à la demande de ce dernier. La forme écrite simple est particulièrement appropriée, mais l'information pourra aussi être transmise aux preneurs d'assurance par courrier électronique ou par d'autres moyens électroniques. À la différence de ce que prévoit, par exemple, le droit des télécommunications, il ne sera cependant pas nécessaire d'informer les preneurs d'assurance de l'existence de l'organe de médiation sur chaque facture (cf. art. 47, al. 3, OST³⁹).

Art. 82f Participation financière

Les organes de médiation reconnus seront financés prioritairement par les contributions des entreprises et des intermédiaires d'assurance qui leur sont affiliés, comme c'est le cas pour les deux organes de médiation existants. Sont envisageables en l'occurrence aussi bien un financement direct qu'un financement indirect. Les associations de branche pourront faire office de service d'encaissement des contributions dues par leurs membres. Le montant des contributions des entreprises et des intermédiaires d'assurance sera calculé conformément au barème des contributions et des frais de l'organe de médiation concerné. Celui-ci pourra fixer librement le modèle de paiement des contributions. Il pourra prévoir par exemple des forfaits globaux, des forfaits par cas ou des frais pour chaque procédure. Une participation financière des preneurs d'assurance n'entrera en ligne de compte que dans la limite des modestes émoluments de procédure pouvant être exigés d'eux (cf. art. 82a, al. 1). L'organe de médiation devra fixer les règles applicables dans un barème des contributions et des frais.

Section 3 Admission et exclusion*Art. 82g* Admission

L'obligation d'admission qui incombera aux organes de médiation conformément à l'art. 82g est le pendant logique de l'obligation d'affiliation des entreprises et des intermédiaires d'assurance prévue à l'art. 82c. Sans cette obligation d'admission légale, le risque existerait, dans certaines circonstances, qu'une entreprise ou un intermédiaire d'assurance ne trouve pas d'organe de médiation disposé à l'admettre et ne puisse alors plus exercer son activité économique. Si une entreprise ou un intermédiaire d'assurance n'a aucune possibilité de s'affilier à un organe de médiation, le DFF pourra obliger l'un de ces organes à l'admettre. De plus, si plusieurs

³⁹ Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (OST; RS 784.101.1)

entreprises ou intermédiaires d'assurance ne trouvent pas d'organe de médiation, le Conseil fédéral sera habilité à en instituer un (cf. art. 82c, al. 3).

Art. 82h Exclusion

Si une entreprise ou un intermédiaire d'assurance contrevient de façon réitérée aux obligations énoncées aux art. 82c à 82f, l'organe de médiation pourra l'exclure.

Art. 82i Obligation d'information

L'art. 82i régit l'échange d'informations sur le statut des assujettis à l'obligation d'affiliation entre les organes de médiation reconnus, les autorités de surveillance et les organes d'enregistrement. Ces informations serviront à l'exécution des tâches de surveillance.

Section 4 Reconnaissance, publications et échange d'informations

Art. 83 Reconnaissance

Al. 1

L'autorité compétente pour la reconnaissance des organes de médiation sera le DFF. Ce transfert de compétence en matière de reconnaissance paraît adéquat, en considération du fait qu'il est question principalement de droit des marchés financiers. Il est également prévu dans la LSFfin. L'échange d'informations (cf. art. 82i) garantira que les autres autorités disposeront des informations sur les organes de médiation reconnus dont elles auront besoin pour accomplir leurs tâches.

Al. 2 et 3

L'al. 2 définit les conditions qu'une organisation devra remplir pour être reconnue en tant qu'organe de médiation au sens de la LSA:

- la let. a énonce les principes essentiels généralement reconnus⁴⁰ de toute médiation, à savoir l'indépendance, l'impartialité, la transparence et l'efficacité, auxquels s'ajoute le fait que l'organe de médiation ne doit être soumis à aucune directive générale ou spéciale. Ces principes ont pour but de garantir que la médiation est conforme aux règles de l'état de droit. Leur respect est une condition de la reconnaissance de l'organe de médiation;
- la let. b dispose que seules seront reconnues les organisations garantissant que les personnes qu'elles mandatent pour mener la médiation possèdent les

⁴⁰ Cf. p. ex. G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, octobre 2011, ch. 9; recommandations de la Commission 98/257/CE du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation et 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation.

connaissances techniques requises. L'expertise technique particulière de ces personnes apportera une plus-value essentielle à la médiation devant les organes de médiation reconnus. Il devra s'agir notamment de connaissances spécifiques sur les services d'assurance, sur les instruments et services financiers ainsi que sur le marché de l'assurance, les marchés financiers et le marché des capitaux dans leur ensemble. Les personnes mandatées devront en outre disposer de connaissances techniques en matière de médiation;

- enfin, la reconnaissance aura également pour condition que l'organe de médiation dispose d'un règlement d'organisation, d'un règlement de procédure ainsi que d'un barème des contributions et des frais (let. c à e).

Art. 83a Examen de la reconnaissance

Al. 1

Les organes de médiation reconnus seront tenus d'annoncer au DFF tout changement concernant les conditions de la reconnaissance.

Al. 2 et 3

Les al. 2 et 3 prévoient que si un organe de médiation ne remplissant plus les conditions fixées à l'art. 83 ne remédie pas à la situation dans le délai qui lui est imparti à cet effet, le DFF lui retirera la reconnaissance. Si la reconnaissance est retirée à un organe de médiation, les entreprises et les intermédiaires d'assurance concernés devront s'affilier à un autre organe de médiation reconnu. Les procédures en cours ne seront en principe pas concernées par le retrait de la reconnaissance.

Art. 83b Rapport

Par souci de transparence, les organes de médiation seront tenus de publier chaque année un rapport rendant compte de leur activité, ce qui est déjà l'usage pour les deux organes de médiation existants.

Art. 83c Échange d'informations

L'art. 83c régit l'échange d'informations entre les organes de médiation reconnus, les autorités de surveillance et les organes d'enregistrement. Cette disposition vise à garantir que tous les acteurs disposeront des informations nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches. Elle permettra en outre aux divers organes de médiation de collaborer efficacement dans le cadre d'une procédure de médiation donnée. Il ne pourra cependant y avoir échange d'informations que si les informations échangées sont indispensables à l'exécution des tâches respectives des autorités de surveillance, des organes d'enregistrement et des organes de médiation. Il ressort de ce qui précède qu'il n'y aura pas d'échange d'informations sur des procédures de conciliation.

Chapitre 7b Décisions sur les tarifs et tribunaux

Art. 84, titre

Le titre actuel de l'article est remplacé par «Décisions sur les tarifs», par souci de clarté et pour mieux rendre compte du contenu des dispositions. Le contenu de l'article reste inchangé.

Art. 86 Contraventions

L'al. 1 est revu intégralement. Il s'agit en l'occurrence de tenir compte du principe que le Parlement a suivi pour l'élaboration de la LSFfin, 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 sur des instruments prudents plutôt que sur des dispositions pénales (cf. à ce sujet les art. 89 à 92 LSFfin). Dans la même logique, il est également proposé de réduire le montant des amendes.

Vu ce qui précède, les actuelles 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 aux art. 14a, 45, 45a, al. 2, ou 45b LSA restera constitutive d'une infraction, afin notamment que le statut d'intermédiaire d'assurance reste 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 des art. 3 et 41.

En application du principe déjà suivi par le Parlement lors de l'élaboration de la LSFfin, à savoir que la conformité des comportements avec la loi doit être garantie si possible au moyen d'instruments prudents (voir plus haut), celui qui omet de soumettre pour approbation ou de notifier des modifications du plan d'exploitation ou qui les soumet pour approbation ou les notifie tardivement ne sera plus punissable. L'actuelle let. b est donc abrogée. Il va de soi que cette modification ne concerne pas les peines qui peuvent être prononcées en vertu de l'art. 44 LFINMA à l'encontre de personnes exerçant l'activité d'assurance en dehors du cadre autorisé.

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

Art. 90a Disposition transitoire concernant la modification du [...]

L'al. 1 prévoit que toutes les entreprises d'assurance qui souhaitent bénéficier des allègements prévus disposeront de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification 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.

Pour ce qui est des entreprises d'assurance ayant leur siège en Suisse et disposant d'une fortune liée en garantie de portefeuilles d'assurance de succursales étrangères, l'al. 2 leur accorde aussi un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification pour dissoudre cette fortune liée et 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 seront plus couvertes par une fortune liée.

L'al. 3 accorde aux entreprises et aux intermédiaires d'assurance un délai transitoire d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la modification de la loi pour remplir leurs nouvelles obligations relatives à la distribution d'assurances sur la vie qualifiées. Ce délai sera suffisant pour leur permettre d'adapter leurs processus et leurs systèmes à la nouvelle réglementation.

En ce qui concerne les exigences en matière de formation initiale et de formation continue fixées à l'art. 43 P-LSA, l'al. 4 prévoit un délai transitoire de deux ans pour définir les normes minimales applicables, élaborer des offres de formation et dispenser les formations requises.

Enfin, les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance non liés disposeront également d'un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la modification de la loi pour s'affilier à un organe de médiation (al. 5).

5.2 Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance⁴¹

Art. 3, al. 1, let. h

Avant la conclusion du contrat d'assurance, l'assureur sera tenu, entre autres, de renseigner le preneur d'assurance de manière compréhensible sur les principaux éléments du contrat. Il devra lui indiquer en particulier si une assurance sur la vie est une assurance sur la vie qualifiée au sens de l'art. 39a P-LSA.

⁴¹ RS 221.229.1

5.3 Code de procédure civile⁴²

Art. 199, al. 2, let. d et e

La réglementation proposée à l'art. 82*b*, al. 2, P-LSA doit aussi être inscrite dans le CPC. Après qu'une procédure devant un organe de médiation aura eu lieu, le demandeur pourra renoncer à la procédure de conciliation, car celle-ci, dans la plupart des cas, n'aura plus de raison d'être. Il en va déjà ainsi lorsque, dans un litige entre un client et un prestataire de services financiers, une procédure de médiation devant un organe de médiation reconnu a eu lieu conformément aux art. 74 ss LSFin. Il s'agit donc d'inscrire les dispositions parallèles correspondant respectivement aux nouvelles let. d et e, de façon à ce qu'elles s'appliquent directement à la procédure de conciliation.

5.4 Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière⁴³

Art. 76 Fonds national de garantie

Conformément au droit en vigueur, le Fonds national de garantie (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 également tenu de verser des prestations lorsqu'une procédure d'assainissement sera introduite ou lorsque certaines mesures protectrices 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 ce que prévoit le droit actuel, 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)⁴⁴. Enfin, l'article est revu dans sa forme rédactionnelle et dans sa structure afin d'assurer une meilleure lisibilité.

Al. 1 et 2

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

⁴² RS 272

⁴³ RS 741.01

⁴⁴ RS 741.31

Al. 3 et 5

L'al. 3, qui correspond à l'al. 2 actuel, régit les tâches du FNG. Ces tâches seront précisées par le Conseil fédéral dans l'OAV (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 assurantienne.

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 assurantienne. La personne lésée 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 assurantienne 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 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. 54a^{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. Elle 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 elle ne reçoit que l'acompte et 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 P-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, mais deviennent les al. 6 et 7.

Al. 8

Comme c'est le cas actuellement (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 présenter cette estimation 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.

5.5 Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers⁴⁵

Art. 15, al. 2, phrase introductive et let. c

À l'heure actuelle, la taxe de surveillance que les entreprises d'assurance doivent payer à la FINMA est fixée uniquement d'après leur quote-part des recettes totales des primes de toutes les entreprises d'assurance. Or le paramètre des «recettes de primes» offre une marge d'interprétation très étroite, eu égard en particulier à l'évolution possible de la réglementation. On peut en effet s'attendre, par exemple, à ce que les *International Financial Reporting Standards* (IFRS) applicables aux

⁴⁵ RS 956.1

groupes d'assurance abandonnent bientôt ce paramètre des recettes de primes (actuellement: «primes brutes»). Il faut donc que les critères de fixation de la taxe de surveillance prescrits dans la LFINMA soient plus souples.

De plus, afin d'être à même de tenir compte de l'évolution des normes ComFrame⁴⁶ et du probable durcissement de la surveillance des groupes d'assurance opérant à l'échelle internationale qui en résultera, il y a lieu, aux fins de la fixation de la taxe de surveillance des groupes et des conglomérats d'assurance, de prendre également en considération le caractère international et la complexité de ces derniers.

Cet article prévoit, comme le droit en vigueur, que le Conseil fédéral précisera les critères de mesure dans l'ordonnance⁴⁷.

La fixation de la taxe de surveillance pour les intermédiaires d'assurance non liés reste inchangée. Les critères déterminants seront toujours le nombre d'intermédiaires et la taille de l'entreprise.

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

Selon le message concernant la LSFfin 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 FINMA⁴⁸. 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 celle qui s'applique aux autres assujettis. Or, après que le Parlement a décidé de ne pas inscrire dans la LSFfin les règles de comportement applicables au secteur de l'assurance, l'obligation d'enregistrement a été réintégrée dans l'art. 3 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 expresse.

⁴⁶ AICA, Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (ComFrame)

⁴⁷ Ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA (Oém-FINMA; RS 956.122)

⁴⁸ FF 2015 8268

6

Conséquences

La révision de la LSA concerne directement 205 entreprises d'assurance assujetties à la surveillance de la FINMA (état: fin 2018) 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 actuelles 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, devançant 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 LSFfin, 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. L'instauration d'une base légale en matière d'assainissement n'entraînera pas de charges supplémentaires directes pour les assureurs.

En revanche, étant donné que le nouveau modèle de réglementation et de surveillance basé sur la protection des clients n'imposera plus l'obligation de détenir une

fortune liée pour les clients professionnels, le financement des assureurs concernés sera plus avantageux. 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 dans l'annexe 1 du rapport explicatif⁴⁹.

7 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 message 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 établis par l'AICA.

7.1 Protection des données

L'art. 42, al. 3, 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 par des tiers au moyen d'une interface.

Les art. 82*i* et 83*c* créeront les bases légales autorisant la FINMA, les organes de médiation et le DFF, en tant qu'organe d'enregistrement de ces derniers, à échanger les informations sur les assujettis à l'obligation d'affiliation (entreprises et intermédiaires d'assurance) qui ne sont pas accessibles au public et dont ils ont besoin pour accomplir leurs tâches.

7.2 Délégation de compétences législatives

Le projet de révision commenté dans le présent message délègue de nouvelles compétences législatives au Conseil fédéral et à la FINMA et modifie certaines compétences existantes. Ces compétences sont fixées dans les articles ci-dessous.

⁴⁹ www.admin.ch > Droit fédéral > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2018 > DFF

- Pour le Conseil fédéral:
P-LSA: art 9*c*, 11, al. 2, 14*a*, al. 3, 39*b*, al. 3, 39*f*, 41, al. 4, et 45*a*;
P-LFINMA: art. 15, al. 2, let. c.
- Pour la FINMA:
P-LSA: art. 15, al. 2, et 52*a*, al. 4.

Pour la justification de ces délégations de compétences législatives, voir le commentaire des dispositions concernées.

Abréviations

ACE	Agence de crédit à l'exportation
AICA	Association internationale des contrôleurs d'assurance
AP	Avant-projet
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cm	Chiffre marginal
CO	Code des obligations (RS 220)
Consid.	Considérant
CP	Code pénal (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
DFF	Département fédéral des finances
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (www.finma.ch)
FNG	Fonds national de garantie
ICP	<i>Insurance Core Principles</i> (principes de base du contrôle des assurances)
ILS	<i>Insurance Linked Securities</i> (contrats d'assurance titrisés)
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LB	Loi du 8 novembre 1934 sur les banques (RS 952.02)
LCA	Loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (RS 954.07)
LFINMA	Loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1)

LIMF	Loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.1)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LSA	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (RS 961.01)
LSAMal	Loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie (RS 832.12)
LSFin	Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (RS 950.1)
OAV	Ordonnance du 20 novembre 1959 sur l'assurance des véhicules (RS 741.31)
OFA-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 17 octobre 2012 sur la faillite des assurances (RS 961.015.2)
OIB-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 30 août 2012 sur l'insolvabilité bancaire (RS 952.05)
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (RS 961.011)
OSFin	Ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (RS 950.11)
OS-FINMA	Ordonnance de la FINMA du 9 novembre 2005 sur la surveillance des assurances (RS 961.011.1)
OST	Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication (RS 784.101.1)
P	Projet
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	Petites et moyennes entreprises
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
s.	suivant
ss	suivants
SST	<i>Swiss solvency test</i> (test suisse de solvabilité)
UE	Union européenne

