



Berne, le 2 juin 2023

Modification de l'ordonnance sur la surveillance

(surveillance, solvabilité, fortune liée, règles de comportement et intermédiation en assurance)

Commentaire

Table des matières

1	Présentation du projet	3
1.1	Contexte.....	3
1.2	Nouvelle réglementation.....	3
1.2.1	Surveillance.....	3
1.2.2	Solvabilité et fortune liée.....	4
1.2.3	Règles de comportement.....	4
1.2.4	Intermédiation en assurance.....	4
1.2.5	Insolvabilité.....	4
1.2.6	Fonds national de garantie.....	5
1.2.7	Questions diverses.....	5
2	Procédure de consultation	6
2.1	Résultat de la procédure de consultation.....	6
2.2	Principales modifications de fond par rapport au projet mis en consultation.....	6
3	Développements internationaux et comparaison avec le droit étranger.....	7
4	Commentaire des dispositions.....	7
4.1	Ordonnance sur la surveillance.....	7
4.2	Ordonnance sur l'assurance des véhicules.....	88
4.3	Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA.....	92
5	Conséquences.....	93
5.1	Introduction.....	93
5.1.1	Nécessité d'agir et objectifs visés.....	93
5.1.2	Solutions étudiées et solution retenue.....	93
5.2	Coûts et avantages des principales mesures.....	94
5.2.1	Mesures de solvabilité.....	94
5.2.2	Encouragement de l'innovation.....	95
5.2.3	Renforcement de la responsabilité propre dans la fortune liée.....	95
5.3	Conséquences pour les groupes concernés.....	95
5.3.1	Assurances.....	95
5.3.2	Intermédiaires d'assurance.....	96
5.3.3	Preneurs d'assurance.....	97
5.4	Conséquences pour la place économique suisse et pour la concurrence.....	98
5.5	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes.....	98
6	Aspects juridiques.....	98
6.1	Constitutionnalité et légalité.....	98
6.2	Compatibilité avec les obligations internationales.....	98
6.3	Délégation de compétences législatives.....	99
7	Entrée en vigueur.....	99

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

Le 18 mars 2022, le Parlement a adopté en vote final une révision partielle de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)¹. Cette révision a permis de renforcer encore la protection des assurés et le secteur de l'assurance en accord avec les développements internationaux. Elle met en œuvre les exigences que le Parlement a fixées lors de l'examen de la loi du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin)² et couvre quatre grandes thématiques:

- **Modèle de réglementation et de surveillance fondé sur la protection des clients:** les entreprises d'assurance peuvent bénéficier d'allègements en matière de surveillance si elles remplissent certaines exigences quantitatives et qualitatives minimales ou n'ont que des preneurs d'assurance professionnels. Les entreprises d'assurance ou les intermédiaires d'assurance peuvent, indépendamment des risques liés à leur activité, être libérés entièrement ou partiellement de la surveillance à condition que la protection des assurés soit garantie.
- **Solvabilité et fortune liée:** elles subissent une réglementation révisée dans la loi, étant entendu que certaines dispositions ont été reprises à un rang normatif inférieur. Certaines dispositions d'exécution doivent à nouveau être édictées par le Conseil fédéral, sur la base des principes applicables.
- **Intermédiation en assurance:** le droit en matière d'intermédiation a été actualisé, et des prescriptions particulières valent désormais pour les intermédiaires d'assurance non liés lors de la publication des rémunérations par les entreprises d'assurance ou des tiers. La commercialisation de produits d'assurance présentant les caractéristiques d'un placement («assurances sur la vie qualifiées») est soumise à des règles de comportement et à des obligations d'informer spécifiques, comme c'est le cas pour les instruments financiers au sens de la LSFin.
- **Droit d'assainissement:** la loi prévoit désormais une procédure permettant à la FINMA d'assainir une entreprise d'assurance en difficulté plutôt que d'ordonner la faillite afin de préserver les intérêts des assurés.

Suite à la révision partielle de la LSA, l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (OS)³ doit être adaptée dans plusieurs domaines. En outre, la réglementation de la FINMA dans le domaine de l'assurance a été vérifiée quant à sa conformité avec la hiérarchie des normes sur la base de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers⁴. Il en résulte la nécessité d'apporter des modifications supplémentaires à l'OS.

La LSA modifiée entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2024 avec l'adoption de la présente modification de l'ordonnance.

1.2 Nouvelle réglementation

La modification de l'OS a été élaborée au sein de groupes de travail thématiques, formés de représentants de l'administration, des assureurs et des consommateurs. La structure par thèmes, adoptée dans ce cadre, s'est avérée utile et est reprise dans les explications ci-après.

1.2.1 Surveillance

L'OS intègre désormais les principes qui sous-tendent la surveillance des entreprises d'assurance. La protection des assurés contre les abus ainsi que les risques auxquels sont exposés

¹ RS 961.01

² RS 950.1

³ RS 961.011

⁴ RS 956.11

les entreprises d'assurance constituent le critère de référence. Pour les plus petites d'entre elles (y compris les réassureurs), des allègements, voire une libération complète de la surveillance, sont prévus (cf. art. 1b à 1g P-OS). Les intermédiaires d'assurance peuvent également, à certaines conditions, exercer leur activité sans être soumis à surveillance (art. 1h P-OS). En outre, les règles concernant les activités en lien avec l'activité d'assurance et les activités sans lien avec celle-ci ont été adaptées aux prescriptions légales modifiées.

1.2.2 Solvabilité et fortune liée

La LSA révisée confère au Conseil fédéral un rôle majeur dans la définition des principes techniques du test suisse de solvabilité (SST). Il s'agit pour lui d'intégrer les dispositions en matière de solvabilité au niveau correct de l'ordonnance et dans la circulaire FINMA (ou dans l'ordonnance de la FINMA). Ainsi, par exemple, le niveau de sécurité visé avec le SST et les seuils d'intervention pour les quotients SST inférieurs à 100 % ne seront plus définis par la FINMA, mais par le Conseil fédéral dans l'ordonnance. La révision de l'OS n'a toutefois pas pour objectif de revoir le SST sur le fond. Des formulations ont été adaptées de cas en cas lorsque cela s'imposait pour faciliter la compréhension ou la lisibilité du texte et pour améliorer sur le plan technique la logique de conception. Des adaptations et des spécifications supplémentaires ont aussi été nécessaires ponctuellement. Ainsi, en lien avec le droit d'assainissement introduit dans la LSA révisée, la réglementation des instruments de capital amortisseurs de risque a été revue.

Les dispositions sur la fortune liée visent à renforcer la responsabilité individuelle des assurances, notamment aussi en réduisant la réglementation au niveau de la FINMA. Lors du placement de la fortune liée, les entreprises d'assurance peuvent soit soumettre pour approbation à la FINMA une liste établie par leurs soins de biens propres à être affectés à la fortune liée, soit s'engager sur la base d'une liste courte prédéfinie. La première option tend à permettre à l'entreprise d'assurance d'élargir le spectre de placement de la fortune liée par rapport à la pratique actuelle. S'agissant de la liste courte prédéfinie, elle est liée à des coûts de surveillance moins élevés dans le domaine de la fortune liée.

1.2.3 Règles de comportement

À l'appui des prescriptions de la LSFIn concernant les prestataires de services financiers, l'OS fixe désormais des règles de comportement pour les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance en lien avec la commercialisation de certains produits d'assurance présentant les caractéristiques d'un placement («assurances sur la vie qualifiées»). En font partie les prescriptions d'exécution sur l'établissement de l'offre, la feuille d'information de base, la vérification du caractère approprié et les obligations afférentes en matière de documentation.

1.2.4 Intermédiation en assurance

La notion d'intermédiation en assurance est précisée et adaptée aux possibilités offertes par la technologie numérique de l'information. Parallèlement, la pratique de surveillance actuelle de la FINMA est codifiée dans l'OS. Pour les intermédiaires d'assurance non liés (courtiers), des comportements incompatibles avec leur indépendance sont énumérés – comme dans le droit en vigueur jusqu'à présent. Le durcissement de la surveillance des intermédiaires, opéré dans le cadre de la révision de la LSA, est concrétisé (assurance-responsabilité civile professionnelle, principes de gouvernance d'entreprise, présentation de rapports, etc.). En outre, des normes minimales concernant la formation et le perfectionnement des intermédiaires d'assurance sont spécifiées à l'intention de la branche.

1.2.5 Insolvabilité

Les dispositions de la LSA relatives à l'insolvabilité ne nécessitent aucune précision supplémentaire dans l'OS. Le domaine des assurances est soumis à cet égard au même régime que les banques, lequel a été récemment remanié: toutes les dispositions essentielles sont déjà

énoncées avec un degré de détail relativement élevé dans le cadre formel de la loi. Cette circonstance tient notamment aussi au fait qu'un assainissement peut signifier, et implique parfois, une ingérence considérable dans les droits des créanciers, ce qui exige un haut degré de légitimité du point de vue juridique.

À cet égard, notons que dans le cas d'un assainissement, l'atteinte aux droits des assurés peut découler non seulement des mesures de capitalisation, mais aussi plus particulièrement du transfert de portefeuille. Ce transfert est par nature lié à un changement de débiteur qui nécessite, en vertu des principes de droit civil, l'approbation du créancier. Les assurés seraient ainsi, en l'espèce, également habilités à refuser le plan d'assainissement.

Lorsqu'elle prend des mesures protectrices visant à sauvegarder les intérêts des assurés (art. 51 LSA), la FINMA doit tenir compte du principe de la proportionnalité comme dans tout acte administratif. En conséquence, une mesure doit être nécessaire et adéquate, et le résultat ne doit pas pouvoir être atteint par d'autres mesures moins sévères. Cela vaut aussi pour le catalogue d'exemples de mesures de protection figurant à l'art. 51, al. 2, LSA. La révision de la loi permet à la FINMA d'accorder un sursis ou de proroger des échéances également en l'absence de risque d'insolvabilité. Ce pourrait être indiqué notamment lorsqu'une entreprise d'assurance risque de manquer de liquidités parce que le nombre d'assurés exerçant leur droit de résiliation est si élevé qu'il en résulterait des difficultés financières pour l'entreprise d'assurance.

1.2.6 Fonds national de garantie

L'ordonnance du 20 novembre 1959 sur l'assurance des véhicules (OAV)⁵ met en œuvre, dans le domaine du Fonds national de garantie (FNG), les dispositions de la loi du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)⁶ qui ont été adaptées à la suite de la révision de la LSA au nouveau droit d'assainissement.

1.2.7 Questions diverses

Les entités ad hoc d'assurance nouvellement réglementées par le législateur font l'objet de dispositions d'exécution relativement détaillées dans l'OS. Il s'agit ainsi de réglementer leur activité dans un esprit libéral tout en assurant la sécurité juridique, avec l'objectif que ces entités puissent aussi s'implanter en Suisse.

Il n'est pour l'instant pas fait usage de la compétence du Conseil fédéral, introduite nouvellement dans la loi, à l'art. 2, al. 5, let. a, LSA, d'assujettir aux dispositions sur la surveillance les succursales de sociétés de réassurance étrangères. Si les normes internationales et la pratique usuelle au niveau international devaient évoluer à l'avenir au point qu'une surveillance (allégée) apparaisse indiquée ou s'impose, l'introduction d'une réglementation dans la LSA sera alors examinée en temps opportun.

Sur le plan technico-législatif, on signalera que les prescriptions visant les destinataires de la norme dans la législation fédérale ne sont (plus) formulées de manière descriptive (« à cet égard, l'entreprise tient compte... »), mais recourent davantage au verbe modal « devoir ». Cette règle est aussi reprise dans la modification de l'OS, ce qui concerne notamment aussi les dispositions déjà existantes. Sur le fond, ces corrections ne changent rien pour les entités concernées, entreprises d'assurance ou intermédiaires d'assurance.

⁵ RS 741.31

⁶ RS 741.01

2 Procédure de consultation

2.1 Résultat de la procédure de consultation

Le projet mis en consultation par le Conseil fédéral a été bien accueilli et appuyé sans réserve par la plupart des cantons (AG, AI, BE, BL, BS, GE, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, TG, UR, VS, ZH), les associations faîtières de l'économie et les membres du secteur.

ACS, ASA, economiesuisse, FNG, FPC, FRC, FSAGA, Homburger, inter-pension kf, PLR, SIBA ainsi que 39 de ses courtiers d'assurance membres et associés, USS et Zurich sont fondamentalement favorables au projet, mais estiment que certains sujets nécessitent des adaptations.

L'UDC refuse le projet mis en consultation.

Les remarques portaient surtout sur les points suivants:

- Surveillance: dans la mesure où le modèle de surveillance à plusieurs niveaux pour les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance a donné lieu à des remarques, les avis sont majoritairement favorables. Quelques participants l'ont trouvé trop libéral.
- Solvabilité et provisions: ce thème a principalement suscité des remarques concernant la courbe de l'intérêt et l'utilisation des provisions techniques.
- Fortune liée: des critiques ont en particulier visé l'évaluation de la fortune liée et les limites envisagées.
- Assurances vie qualifiées: plusieurs participants ont trouvé les exigences relatives à l'information, à la feuille d'information de base et à la vérification du caractère approprié trop sévères.
- Intermédiation en assurance: de nombreux avis, favorables comme défavorables, ont été exprimés sur la notion d'intermédiaire, la question du champ d'application des règles applicables aux intermédiaires liés et les obligations de reporting.

Pour des informations détaillées, il est renvoyé au rapport du 2 juin 2023 quant aux résultats de la procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance sur la surveillance⁷.

2.2 Principales modifications de fond par rapport au projet mis en consultation

Les propositions de modifications de fond et les préoccupations exprimées dans les prises de position ont été prises en compte pour l'essentiel de la manière suivante:

- L'exigence selon laquelle seule une minorité des personnes chargées de la haute direction, de la surveillance et du contrôle peuvent occuper simultanément d'autres postes importants dans l'entreprise d'assurance a été supprimée (art. 14a P-OS).
- La définition du terme «conflit d'intérêts» a été remaniée en s'appuyant sur celle figurant à l'art. 25, let. a, de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les services financiers (OSFin)⁸.
- Les règles relatives aux instruments de capital amortisseurs de risque ont été remaniées en fonction des besoins de la branche en matière de sécurité juridique (art. 37 et 198d P-OS).
- La proposition de donner à la FINMA la compétence de réglementer l'utilisation des provisions techniques (art. 54, al. 4, du projet mis en consultation) formulée dans le projet mis en consultation est limitée à l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale

⁷ Disponible sur le site web de la Chancellerie fédérale www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2022 > DFF

⁸ RS 950.11

(art. 154a P-OS). Il s'agit d'ancrer la pratique de surveillance existante de la FINMA de manière adaptée au niveau de l'ordonnance.

- La notion d'intermédiation en assurance a été précisée (art. 182a OS) et les obligations de rapport et d'information applicables aux intermédiaires d'assurance se limitent désormais au minimum requis pour la surveillance.
- La date d'entrée en vigueur de l'OS révisée a été différée de six mois et fixée au 1^{er} janvier 2024. La disposition de l'art. 31, al. 5, pourra être appliquée aussi aux succursales étrangères pendant deux ans supplémentaires, jusqu'au 31 décembre 2027 (art. 216c, al. 2, P-OS).
- Il a été précisé dans l'OAV que, dans le cas d'un règlement anticipé en cas de faillite d'une entreprise d'assurance, c'est à l'administration de la faillite ou à l'entreprise d'assurance en faillite, et non au FNG, de déterminer le montant des prétentions d'une personne lésée découlant de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles (art. 54b, al. 2, OAV).

3 Développements internationaux et comparaison avec le droit étranger

Sur ce point, on se référera au rapport explicatif «Comparaison internationale et analyse d'impact de la réglementation» annexé au message⁹. L'OS met en œuvre pour l'essentiel les prescriptions de la loi modifiée, c'est pourquoi il n'est pas nécessaire ici de donner plus d'explications.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Ordonnance sur la surveillance

Titre précédant l'art. 1

Titre 1 Généralités

Chapitre 1 Champ d'application¹⁰

Art. 1a Caractère significatif des fonctions des sociétés d'un groupe ou d'un conglomérat

La liste actuelle des critères définissant le caractère significatif (figurant actuellement aux art. 203b et 206a OS) semble pertinente et complète quant au contenu, également sous l'angle de la nouvelle conception voulant que les sociétés significatives d'entreprises d'assurance individuelles soient également concernées. Seuls la gestion des risques ainsi que le droit et la compliance sont ajoutés. Ce dernier ajout sert également l'harmonisation avec d'autres règles du marché financier, selon lesquelles la fonction «Droit et compliance» compte parmi les fonctions essentielles et est nécessaire au maintien de processus commerciaux importants¹¹. Les «activités soumises à autorisation» sont celles qui sont exercées en Suisse.

Par souci de clarté, il convient de préciser qu'en vertu de l'art. 2a LSA, les sociétés mères et les sociétés significatives d'un groupe ou d'un conglomérat sont soumises aux règles relatives aux mesures de protection, aux mesures en cas de risque d'insolvabilité et à la liquidation (art. 51 à 54j LSA). Le fait que ces dispositions ne le précisent pas toujours expressément n'y change rien (p. ex. à l'art. 51a, al. 1, ou à l'art. 53 LSA).

⁹ FF 2020 8637 et www.fedlex.admin.ch > Terminées > 2018 > DFF

¹⁰ Le texte du commentaire des dispositions indique également les titres actuels. À des fins de clarté, ceux-ci sont mentionnés entre parenthèses.

¹¹ Cf. art. 3a de l'ordonnance du 30 avril 2014 sur les banques (OB, RS 952.02) et art. 8, let. h, de l'ordonnance du 6 novembre 2019 sur les établissements financiers (OEFin, RS 954.11).

Titre suivant l'art. 1a

Chapitre 2 Principes

Remarque préliminaire concernant les art. 1b à 1f

Le législateur a convenu qu'il fallait permettre l'innovation dans le domaine de l'assurance et il charge le Conseil fédéral, à l'art. 2, al. 5, let. b, LSA, de définir les conditions cadres. Les art. 1b à 1f P-OS mettent en œuvre ce mandat et se basent sur les principes en matière de surveillance pour l'inscrire dans la conception générale d'une surveillance proportionnée et à plusieurs niveaux.

Art. 1b Principes de la surveillance

Al. 1

En guise d'introduction, l'alinéa définit le principe d'une surveillance axée sur les risques, valable dans l'ensemble du droit des marchés financiers. Il indique clairement quels sont les principes qui guident la FINMA dans son activité de surveillance.

Selon la let. a, l'élément déterminant est la protection des assurés. Cela correspond au nouvel article de la LSA consacré au but de la loi. La let. b traduit la pratique déjà en place: il convient d'appliquer une surveillance axée sur les risques.

La surveillance des entreprises d'assurance s'appuie également sur des critères de grandeur, c'est-à-dire sur la taille ainsi que la complexité des affaires et de l'organisation de ces entreprises, qui doivent pouvoir être pris en compte (let. c). Cette conception implique une catégorisation (cf. al. 2). La liste de critères n'est pas exhaustive. Il existe ainsi une marge qui permettra de tenir compte à l'avenir de développements qui s'avèreraient importants pour la surveillance. La pondération des différents aspects correspond aux principes reconnus internationalement en matière de surveillance proportionnée et axée sur les risques.

Al. 2

L'al. 2 inscrit dans l'ordonnance la catégorisation actuelle des entreprises d'assurance. Il s'agit là de répondre à l'exigence de transparence et de sécurité juridique, notamment aussi en vue de l'introduction du régime applicable aux petites entreprises d'assurance (cf. art. 1c P-OS). La catégorisation repose en principe sur le total du bilan statutaire. La nouvelle annexe 2 indique les valeurs concrètes en francs suisses. Ce critère définit ainsi généralement la taille de l'entreprise. Cela correspond à la pratique actuelle.

Al. 3

Toujours en conformité avec la pratique actuelle, la FINMA se voit conférer une marge d'appréciation technique qui lui permettra de classer une entreprise d'assurance dans la catégorie immédiatement supérieure ou immédiatement inférieure. Le total du bilan d'une entreprise d'assurance peut évoluer; cette évolution peut être durable mais aussi tenir à des facteurs extraordinaires. Dans la zone limitrophe entre les catégories, on doit par conséquent pouvoir affiner l'évaluation à l'aide de critères qualitatifs supplémentaires (complexité et profil de risque). Cette marge d'appréciation dans le classement permet d'assurer une cohérence maximale dans la catégorisation et d'éviter qu'une entreprise d'assurance se trouvant dans la zone limitrophe entre les catégories ne passe d'une catégorie à l'autre aussi souvent qu'elle le souhaite, ce qui induirait des coûts. Le critère de la complexité se réfère à cet égard à la structure organisationnelle de l'entreprise d'assurance et aux affaires que cette dernière souscrit (par ex. les contrats d'assurance sur la vie constituent des affaires plus complexes que les assurances qui ne portent que sur la valeur matérielle d'un téléphone mobile).

Art. 1c Allègements pour les petites entreprises d'assurance

Les entreprises d'assurance des catégories 4 et 5 devront pouvoir à l'avenir bénéficier d'allègements notamment à l'égard de certaines obligations de rapport, si elles disposent d'indicateurs stables, d'une planification solide et d'une direction prévoyante et irréprochable. La disposition se base sur l'article de la LSA concernant la garantie d'une activité irréprochable (art. 14). Sont exclues les entreprises d'assurance sur lesquelles la FINMA n'exerce pas une surveillance prudentielle complète (caisses-maladie englobantes) ainsi que les succursales d'entreprises d'assurance domiciliées à l'étranger. À propos de l'application de la let. h, il convient de relever tout d'abord que la FINMA doit aussi respecter le principe de proportionnalité dans son interprétation. Des mesures et procédures prudentielles anciennes qui n'ont aucune incidence sur les conditions actuelles ne seront pas un obstacle à des allègements. Il résulte ensuite également de la disposition que l'entreprise d'assurance qui prétendra à des allègements devra avoir mis en œuvre les éventuelles mesures visant à rétablir l'ordre que la FINMA aura prononcées.

Art. 1d Allègements pour les réassureurs

Pour les entreprises de réassurance, l'art. 35, al. 3, LSA prévoit qu'il y a lieu de tenir compte de la vulnérabilité moindre des assurés ainsi que des spécificités du modèle économique. En outre, en vertu de l'art. 35, al. 4, LSA, il est possible d'accorder en principe le bénéfice d'une surveillance allégée aux réassureurs de petite taille et de faible complexité, pour autant que les exigences minimales légales soient remplies. Cette surveillance généralement allégée pour tous les réassureurs des catégories de surveillance 4 et 5 est alignée sur le régime des allègements prévu pour les assureurs directs visé à l'art. 1c P-OS. Pour ce qui est du respect des principes de gouvernance d'entreprise, on pense en particulier aux règles organisationnelles précisées à l'art. 14a P-OS. Les réassureurs qui bénéficient d'exigences allégées pourront se voir ordonner des mesures par la FINMA si elles restent en-deçà des exigences minimales quantitatives prescrites par la loi.

Art. 1e Allègements en cas de nouvel agrément

Dans l'idée également de favoriser l'innovation, les petites entreprises d'assurance nouvellement agréées qui ne remplissent pas la condition concernant l'exercice d'une activité non soumise à surveillance devront pouvoir exercer leurs activités sur la base de prescriptions du droit de la surveillance un peu moins sévères durant une période maximale de trois ans. Cette règle permettra en particulier aux entreprises d'assurance qui souhaitent tout d'abord tester un nouveau produit sur le marché de passer à une activité surveillée progressivement en fonction de la croissance.

Art. 1f Libération de la surveillance

L'art. 1f fixe les conditions auxquelles seront libérées de la surveillance les entreprises d'assurance qui se trouvent en phase de développement et qui ne disposent pour l'instant que d'un très petit volume d'affaires. Ces conditions devaient répondre aux exigences suivantes:

- ne pas imposer aux entreprises d'assurance d'«obstacles à l'innovation» dans le sens d'exigences en matière de gouvernance et de capital déjà très élevées;
- garantir néanmoins la protection des assurés qui est déjà requise dans ce cadre en limitant le volume d'affaires admissible dans le «domaine non soumis à surveillance» et en imposant des exigences pour une transparence intégrale à l'égard des assurés;
- distinguer clairement les petites entreprises d'assurance déjà au bénéfice d'une licence et soumises à surveillance, afin d'éviter une inégalité de traitement. En revanche, il est clair que les établissements libérés de la surveillance restent considérés comme des entreprises d'assurance, raison pour laquelle la possibilité de se réassurer leur reste ouverte.

La révision ordinaire visée à la let. c ne devra pas être effectuée, comme dans le cas des entreprises d'assurance assujetties, par un organe de révision agréé pour fournir des prestations à des sociétés d'intérêt public au sens de l'art. 2, let. c, de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision (LSR)¹². Elle pourra être effectuée par un organe de révision agréé en tant qu'expert en révision ou par une entreprise de révision soumise à la surveillance de l'État. Dans la mesure où les entreprises soumises à révision échapperont à la surveillance courante de la FINMA, il est logique de renoncer également à l'audit prudentiel par une société d'audit soumise à la surveillance de l'État au sens de l'art. 9a de la LSR en lien avec l'art. 11a, al. 1, let. b, de l'ordonnance du 22 août 2007 sur la surveillance de la révision (OSRev)¹³, tel que prévu par la législation sur les marchés financiers.

Les entreprises d'assurance doivent disposer d'une autorisation pour exercer leurs activités et, par la suite, satisfaire en tout temps aux conditions prudentielles applicables dans ce cadre. Ainsi, le fait qu'une entreprise déjà soumise à la surveillance remplisse les conditions du présent article (par ex. si elle reste en dessous du seuil fixé à la let. e en renonçant à conclure de nouvelles affaires) ne signifie pas qu'elle sera automatiquement libérée de la surveillance; il faut notamment tenir compte des dispositions concernant la renonciation à l'autorisation (art. 60 LSA).

Pour la bonne forme, il convient de préciser que l'interdiction générale de l'abus de droit doit être respectée. Constituerait notamment un cas d'abus de droit la subdivision d'une entreprise d'assurance en plusieurs entités au sein du même groupe, dans le but de contourner les exigences quantitatives fixées à la let. e.

Art. 1g Conditions imposées aux entreprises d'assurance libérées de la surveillance

Ne pourront être exemptées de surveillance que les entreprises qui rempliront durablement les conditions énoncées à l'al. 1f P-OS. En cas de violation de ces prescriptions, la FINMA disposera de l'instrumentaire de surveillance prévu par la loi du 22 juin 2007 sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA)¹⁴ ou par la LSA.

Al. 1 et 2

Une entreprise d'assurance libérée de la surveillance qui, dans le cadre de ses activités, dépassera les valeurs limites concernant les polices ou le volume des primes devra passer dans les délais prescrits au statut d'entreprise soumise à agrément et à surveillance.

Al. 3

Il est clair que si la FINMA refuse de prolonger les délais, ceux-ci resteront inchangés.

Al. 5

En cas de rejet d'une demande d'agrément, il faudra garantir la protection des assurés et liquider le plus rapidement possible les contrats ou transférer le portefeuille d'assurance. Conformément aux règles générales de procédure, le délai de six mois courra dès la date de notification de la décision.

Art. 1h Activité des intermédiaires d'assurance non soumise à surveillance

Selon la LSA révisée, ne sont pas soumis à surveillance les intermédiaires d'assurance «qui proposent des assurances de faible importance et en complément à un produit ou à un service» (art. 2, al. 2, let. f, LSA). Le Conseil fédéral définit les critères déterminants (art. 2, al. 4, let. c, LSA).

Il convient de noter à titre préliminaire que le seul fait de donner la possibilité de conclure un contrat d'assurance, par exemple en distribuant des brochures publicitaires pour une entreprise d'assurance ou en indiquant l'adresse d'un intermédiaire d'assurance, ne constitue pas

¹² RS 221.302

¹³ RS 221.302.3

¹⁴ RS 956.1

en soi une activité d'intermédiaire et, dès lors, n'entrera pas en règle générale dans le champ d'application de la disposition¹⁵. Dans les cas, par exemple, où il est possible de conclure une assurance pour couvrir les frais d'annulation lors de la réservation d'un voyage, la personne qui propose la prestation ou l'objet ne fait que mettre à disposition des informations sur une solution d'assurance. Étant donné que le fait de recommander une telle solution d'assurance constitue toutefois une activité d'intermédiation, il faudrait décider sur la base des circonstances concrètes s'il s'agit ou non d'un cas d'intermédiation en assurance (cf. à ce propos les explications ci-après concernant l'art. 182a P-OS).

En conséquence, les activités des intermédiaires d'assurance certes véritables, mais rudimentaires, consistant à proposer une assurance de faible importance en complément d'un produit ou d'un service sont expressément exclues de la surveillance. Dans l'ordonnance, il s'agit en particulier de décrire plus précisément la notion de «faible importance» de l'assurance conclue par intermédiation qui permet, notamment en tenant compte des risques pour les preneurs d'assurance, de renoncer à une surveillance. À cet égard, il faudra aussi, à des fins de sécurité juridique, fixer un critère clair et simple à mettre en œuvre. Un examen approfondi des critères proposés dans le message relatif à la révision de la LSA (limitation de la somme d'assurance, de la durée de la couverture, des risques assurés) permet de conclure que ces critères exigeraient des délimitations différenciées et relativement arbitraires qui ne seraient guère utiles objectivement pour couvrir le large éventail des produits d'assurance actuels et surtout futurs. En revanche, une prime d'assurance maximale offre un critère qui est objectivement mesurable et facilement applicable dans la pratique et qui peut également tenir compte des évolutions futures. En considérant la réglementation de l'UE¹⁶ qui prévoit dans ce cadre un montant de 600 euros, une prime maximale de 600 francs est fixée dans l'OS.

La let. b indique clairement que la prestation d'assurance complémentaire légale ne peut constituer qu'une prestation accessoirement subordonnée à une prestation principale.

Enfin, la let. c prévoit conformément à la loi qu'une activité d'intermédiation en assurance non soumise à surveillance ne peut être une activité principale.

Les conditions énoncées aux let. a à c devront être remplies cumulativement.

(Titre 2 Accès à l'activité d'assurance, Chapitre 1 Généralités)

Art. 3 Portée de l'agrément

L'adaptation est d'ordre purement technico-législatif.

Art. 5 Devoir d'information lors de modifications du plan d'exploitation

La modification vise à corriger une erreur afin d'adapter la durée du délai à la version allemande.

Art. 5b Activités en rapport avec l'activité d'assurance

Al. 1

L'al. 1 met en œuvre l'art. 11, al. 1, let. a, LSA révisé. Celui-ci n'exige plus un rapport «direct» entre les activités d'assurance et les activités connexes d'assurance («activités en rapport avec l'activité d'assurance» selon le titre de l'article) d'une entreprise d'assurance. Conformément à la volonté du Parlement, les entreprises d'assurance doivent bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre pour tenir compte des nouveaux besoins des clients et pour permettre l'innovation. En accord avec le droit européen, auquel le droit suisse doit continuer d'être équivalent (cf. intervention du conseiller aux États Schmid à propos de l'art. 11 LSA au

¹⁵ Cf. également à ce propos BSK VAG-Rimle, art. 40

¹⁶ Cf. art. 1 (3) de la directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurance (refonte), JO L 26 du 2.2.2016, p. 19

Conseil des États le 13 décembre 2021)¹⁷, l'exigence de l'existence d'un lien étroit entre les activités d'assurance et les activités connexes d'assurance demeure. C'est le but des exigences énoncées à l'al. 1, qui devront être remplies cumulativement. Il s'agit de considérer également que la réassurance doit bénéficier d'un champ d'application plus large des activités connexes ou d'un rapport moins étroit entre les activités de réassurance et les activités connexes.

Comme jusqu'à présent, les prestations fournies par une société du groupe à une autre société du groupe sont considérées comme des «activités en rapport avec l'activité d'assurance».

Let. a

La let. a indique clairement que l'«activité en rapport avec l'activité d'assurance» devra être, de par sa fonction, complémentaire à l'activité d'assurance ou liée à un produit découlant directement de l'activité d'assurance; il ne pourra pas s'agir d'une prestation d'assurance. Le lien ne devra toutefois pas impérativement résider dans la conclusion d'un contrat d'assurance individuel ou dans le calcul actuariel des primes. Les partenaires commerciaux pourront ainsi aussi comprendre des courtiers, des clients potentiels ou même des tiers autres. Le rapport fonctionnel exigé sera donné lorsqu'un lien existera avec une fonction importante de l'entreprise d'assurance. Un rapport pourra aussi exister lorsqu'un assureur mettra sur le marché dans une moindre mesure des produits ou des services qu'il développe pour ses propres affaires et pour lesquels il possède l'expertise et les processus nécessaires, même si aucun produit d'assurance ne sera ainsi concrètement vendu. On pense ici notamment à l'ingénierie du risque, au conseil en cybersécurité, au conseil en prévoyance ou au conseil en placement. Il devra aussi être possible pour les assureurs à ce titre de vendre ou de fournir sous licence un système informatique développé pour l'assurance à d'autres assureurs ou entreprises intéressées. On pourrait également imaginer que le centre d'appel d'un assureur utilise ses capacités de temps mort pour offrir des services de valet à des tiers non clients de l'assurance. Enfin, on devrait aussi admettre notamment l'intermédiation au sens strict de produits ou de services de tiers à l'entreprise d'assurance dans le cadre de limites étroites.

Let. b

La commercialisation d'activités connexes d'assurance ne doit pas, de par son volume et son cercle de destinataires, être possible sans restriction. Afin de garantir le rapport étroit exigé avec l'activité d'assurance, une entreprise d'assurance doit clairement demeurer telle et ne saurait devenir un fournisseur de produits mixtes avec une activité d'assurance annexe. Au vu notamment de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie¹⁸ et des exigences d'équivalence qui y sont liées, la let. b fixe pour l'activité permise par la let. a une limite stricte. En effet, elle n'admet que dans une mesure très restreinte les activités qui découlent du point de vue fonctionnel de l'activité d'assurance, mais que la jurisprudence ne définit pas pour autant comme telles. Une quantification générale de ces activités n'est pas possible puisqu'elle dépend de la branche d'assurance et aussi de l'activité en question. De manière empirique, on peut partir du principe qu'une telle activité est étroitement limitée lorsque les frais ainsi générés sont inférieurs à 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise d'assurance. Pour évaluer le volume admis, on peut déterminer si le client est un preneur d'assurance propre ou un tiers quelconque. Si une activité ne concerne que des preneurs d'assurance propres, la limite devrait pouvoir être poussée plus loin.

Al. 2

Les entreprises d'assurance devront tenir compte de toutes les activités relevant de l'art. 5b dans la gestion aussi bien qualitative que quantitative des risques. L'art. 22 LSA et les art. 96 ss OS concernant la gestion des risques seront donc applicables. La prise en compte des activités dans le SST est inscrite explicitement ici aux fins du renforcement de la sécurité

¹⁷ www.parlament.ch > [Session d'hiver 2021](#) > 09. séance > 13.12.2021-15:15 > 20.078 Surveillance des assurances

¹⁸ RS 0.961.1

juridique; elle résulte déjà de l'art. 9a, al. 1, LSA en tenant compte de l'art. 9a, al. 3, LSA et dépend du type et de l'étendue du risque posé par l'activité en rapport avec l'activité d'assurance. Il convient donc de procéder à une appréciation au cas par cas. En particulier, la FINMA peut, en vertu de l'art. 9b, al. 2, LSA, ordonner la prise en compte d'autres catégories de risque au cas par cas. En fonction du cas d'espèce, il est possible de procéder, selon l'art. 46 P-OS, à la modélisation à l'aide d'un modèle standard, d'une version adaptée d'un modèle standard soumise à autorisation, ou d'un modèle interne. En cas de modélisation insuffisante ou pour couvrir des risques opérationnels, la FINMA pourra par exemple décider des suppléments de capital cible en fonction des risques encourus ou des déductions de capital porteur de risque.

Al. 3

Le type de la nouvelle activité au sens de l'art. 5b se distingue de l'activité d'assurance proprement dite. Ainsi, par exemple, aucune prime ne sera perçue ni aucune provision technique constituée. Aussi une présentation et un rapport transparents et séparés seront-ils nécessaires dès lors que l'activité figurera au bilan de l'entreprise d'assurance. Naturellement, la FINMA tiendra compte du principe de proportionnalité concernant les informations demandées.

Al. 4

L'al. 4 apporte des précisions sur le procédé applicable lorsqu'une activité ne remplira plus l'une des conditions énoncées à l'al. 1.

Art. 5c Activités sans rapport avec l'activité d'assurance

Al. 1

Pour les activités sans rapport avec l'activité d'assurance (art. 11, al. 1, let. b, LSA), le Conseil fédéral fixe les modalités en tenant compte des risques auxquels sont exposés les entreprises d'assurance et les assurés (art. 11, al. 2, LSA). Dans ce sens, l'OS précise à l'al. 1 les critères que la FINMA devra appliquer lors de l'examen des activités dont l'exercice est soumis à autorisation.

Selon la let. a, les intérêts des assurés ne devront pas être compromis. Ce pourrait être le cas, par exemple, si une entreprise d'assurance prenait sur le bilan des risques qu'elle ne maîtrise pas découlant de l'activité sans rapport avec l'activité d'assurance.

La let. b exige en conséquence que l'entreprise d'assurance maîtrise les risques afférents aux activités en question.

La let. c dispose que la surveillance de la FINMA ne doit pas être compliquée outre mesure. Ce serait le cas, par exemple, si les activités sans rapport avec l'activité d'assurance ne pouvaient pas être suivies parce qu'il s'agirait d'activités très complexes pour lesquelles il n'y aurait que peu d'expertises ou de normes. Les entreprises d'assurance auront bien entendu la possibilité d'expliquer en détail à la FINMA le type des activités exercées.

Al. 2

L'al. 2 exige le respect des obligations découlant des traités internationaux. Il s'agit là notamment des accords sur l'assurance dommages conclus avec l'Union européenne (UE) et le Royaume-Uni.

(Titre 2 Accès à l'activité d'assurance

Chapitre 3 Garantie d'une activité irréprochable)

Art. 14a Organisation

La gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) objet de l'art. 14a fait partie des conditions de base reconnues de manière générale pour la direction d'une société. Dans le domaine de la surveillance prudentielle, cette question n'est pas réglée concrètement dans la loi ni dans l'ordonnance, mais ressort des exigences prudentielles concernant la garantie d'une activité irréprochable (art. 14, al. 1, LSA), sachant que cette garantie couvre un très large spectre. Pour concrétiser celle-ci, il convient d'inscrire cet aspect important de la direction d'entreprise

dans l'ordonnance par une norme générale sur l'organisation. La gouvernance d'entreprise concerne l'ensemble de l'organisation de la société et tous les processus qui jalonnent la chaîne de création de valeur. Dans la pratique, la conception peut rester en concordance avec la circulaire FINMA 2017/2 «Gouvernance d'entreprise – assureurs»¹⁹.

(Titre 2 Accès à l'activité d'assurance)

Titre suivant l'art. 14a

Chapitre 3a Conflits d'intérêts

Art. 14b Définition

Les entreprises d'assurance doivent prendre des mesures organisationnelles adéquates pour prévenir les conflits d'intérêts (art. 14a LSA). En l'espèce, il s'agit de concrétiser la manière dont elles garantissent que leurs intérêts propres ainsi que les intérêts de leurs collaborateurs – et, le cas échéant, des intermédiaires d'assurance qui leur sont liés – ne s'opposent pas aux intérêts des preneurs d'assurance.

De manière générale, il convient de souligner que des actes destinés à générer un rendement appartiennent de fait à toute affaire et sont aussi acceptés par les parties. Les actes de ce type ne constituent donc pas en soi un conflit d'intérêts ni ne violent les règles de la bonne foi. Il n'est pas nécessaire de souligner que les inégalités de traitement entre les preneurs d'assurance ne constituent pas des conflits d'intérêts lorsqu'elles sont motivées par des considérations juridiques ou actuarielles.

Des conflits d'intérêts avec le preneur d'assurance peuvent survenir non seulement dans le cadre du rapport direct entretenu avec l'entreprise d'assurance, mais aussi, selon les circonstances, avec des entreprises qui sont liées à cette dernière. Entrent dans ce cas de figure pour les entreprises d'assurance en premier lieu les intermédiaires d'assurance liés, mais aussi les sociétés du groupe auquel appartient l'entreprise. La conclusion de contrats de coopération ou de prestations de services avec des tiers reste toutefois possible en principe dans le cadre de l'art. 14a LSA.

Dans le but de clarifier la pratique, il est précisé en se fondant sur l'art. 25 OSFin²⁰ que les conflits d'intérêts doivent être réglés conformément au système en cascade défini dans la LSA. Il s'agit d'éviter si possible en amont les conflits d'intérêts. Les entreprises d'assurance doivent ainsi être en mesure sur le plan organisationnel de détecter les conflits d'intérêts potentiels ou actuels, étant entendu que les exigences correspondantes sont conçues en fonction des risques. Celles-ci doivent notamment être adaptées à la taille, à la complexité et à la forme juridique de l'entreprise. Il incombera essentiellement aux entreprises d'assurance 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. À cet égard, il faudra considérer tant les rémunérations monétaires versées par des tiers à l'entreprise d'assurance que les incitations mises en place par cette dernière pour ses collaborateurs ou les intermédiaires qui lui sont liés. Les circonstances spécifiques sont toujours déterminantes pour évaluer l'existence d'un conflit d'intérêts, et en particulier le type, l'ampleur et la complexité des activités, les segments de clientèle concernés ainsi que la structure d'entreprise de l'entreprise d'assurance (notamment l'appartenance éventuelle à un groupe et les dépendances correspondantes). Les mesures organisationnelles exigées (art. 14a LSA) englobent ainsi, entre autres, des analyses du processus de développement des produits (analyse des besoins, définition des groupes cibles et des besoins des clients, etc.), une formation et un perfectionnement attentifs des collaborateurs s'occupant du conseil aux preneurs d'assurance ainsi que des intermédiaires liés à l'entreprise d'assurance, une gestion de distribution axée sur les clients (provisionnement en fonction de

¹⁹ Circulaire 2017/2 «Gouvernance d'entreprise – assureurs» du 7 décembre 2016

²⁰ Cf. aussi les explications datées du 6 novembre 2019 à l'adresse <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques>

critères aussi bien quantitatifs que qualitatifs), ainsi que le monitoring et le reporting (analyses des risques, enquêtes mystères [mystery shopping], contrôle des processus, examens, etc.). Le type, l'ampleur et la vérification des instructions internes qui devront éventuellement être édictées pour prévenir les conflits d'intérêts dépendent de l'activité et de la taille de l'entreprise d'assurance concernée. Il en va de même pour les mesures à appliquer.

Art. 14c Communication

Si un conflit d'intérêts ne peut pas être écarté ou si le fait d'écarter le conflit entraverait la fourniture d'une prestation d'assurance en tant que telle, l'entreprise d'assurance devra en informer les preneurs d'assurance (art. 14a, al. 2, LSA). Connaissant les circonstances essentielles, ces derniers devront pouvoir évaluer s'ils souhaitent malgré tout conclure le contrat d'assurance ou, lorsque le conflit d'intérêts à signaler ne se produit qu'après la conclusion du contrat en cas de relation durable, maintenir celui-ci. La notion de support de données durable utilisée à l'al. 4 s'appuie sur l'art. 4 (1), ch. 62, de la directive concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID II)²¹ et inclut notamment aussi les courriels, les télécopies et les documents établis sur ordre du client lors d'une réunion.

(Titre 2 Accès à l'activité d'assurance,

Chapitre 4 Conditions complémentaires pour les entreprises d'assurance étrangères)

Art. 20, al. 1^{bis} et 1^{ter}

Le modèle d'exploitation de la succursale qui exerce son activité uniquement à l'étranger doit être déclaré, surtout dans le contexte européen. Il faut donc éviter ici de créer une incitation supplémentaire par le biais d'allègements. Étant donné qu'une surveillance ordinaire protège également la réputation de la Suisse, une égalité de traitement fondamentale entre les activités exercées en Suisse et les activités exercées à l'étranger semble bien plus opportune.

(Titre 3 Solvabilité, chapitre 1 Dispositions générales)

Remarque préliminaire concernant les art. 21 à 50a

Les éléments essentiels concernant la solvabilité et la définition du capital que les entreprises d'assurance sont tenues de détenir se trouvent désormais aux art. 9 à 9c LSA. Ceux-ci prévoient que le Conseil fédéral édicte des prescriptions relatives à la solvabilité. En tenant compte des principes reconnus sur le plan international, il définit en particulier: 1) le niveau de protection contre les risques d'insolvabilité que l'entreprise d'assurance doit garantir à ses assurés par sa solvabilité; 2) le capital porteur de risque, le capital cible et le calcul de ces capitaux, ainsi que les exigences auxquelles les modèles à utiliser doivent satisfaire; et 3) les seuils au-dessous desquels la FINMA peut prendre les mesures prévues à l'art. 51. En outre, le Conseil fédéral peut déclarer déterminantes des catégories de risques autres que celles qui sont mentionnées à l'art. 9a, al. 3, LSA. Cette nouvelle formulation de la base légale sur la solvabilité a pour conséquence que le titre 3 de l'OS doit être complètement révisé et restructuré.

Art. 21 But du test suisse de solvabilité

Parmi les objectifs poursuivis par la LSA (cf. art. 1, al. 2, LSA) figure en premier lieu la protection des assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance. Le SST constitue l'un des instruments prudeniels qui contribuent à cette protection, en l'occurrence sous la forme d'une exigence quant à la dotation en capital des entreprises d'assurance. Le risque d'insolvabilité tient au fait qu'il peut conduire à un assainissement ou à la faillite de l'entreprise d'assurance.

²¹ 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

Dans la mesure où une protection complète contre l'insolvabilité ne peut être atteinte que par un apport en capital très élevé et rendrait en conséquence les produits d'assurance prohibitifs, on exige ici un niveau de protection «approprié». On admet ainsi que les assurés subissent des pertes sur leurs prétentions dans certains cas. En d'autres termes, les assurés supportent un «risque résiduel» aussi avec le SST. Lors de la définition du niveau de protection, il convient d'équilibrer le bénéfice de la protection et les coûts qui s'y rattachent.

Sont à protéger en premier lieu les «prétentions garanties par les contrats d'assurance». Il s'agit des prétentions des assurés dont l'entreprise d'assurance ne peut pas disposer librement (créances [en dommages] des assurés découlant de sinistres, garanties financières intégrées aux contrats d'assurance-vie [par ex. garanties de taux d'intérêt ou de capital], choix [options intégrées] accordés aux assurés, notamment option sur le retrait en capital, option d'annulation ou option sur l'augmentation de la somme d'assurance, etc.).

Ne font pas partie des prétentions garanties notamment les rabais qui n'ont pas été convenus à l'avance, ni les participations aux excédents en faveur des assurés qui relèvent de la libre appréciation de l'entreprise d'assurance et dont le montant n'est en conséquence garanti ni par contrat ni par la loi. Ne sont pas non plus inclus dans les prétentions garanties les instruments de financement par fonds de tiers servant d'amortisseurs de risque.

Art. 22 Niveau de protection du SST

Le niveau de protection du SST couvre toute la période durant laquelle il existe des prétentions d'assurés garanties découlant de contrats d'assurance pour lesquelles l'assurance s'est engagée ou s'engagera encore dans les douze mois à compter de la date de référence. Nombre d'engagements d'assurance ne sont pas réglés par l'entreprise d'assurance déjà dans l'année durant laquelle ils sont nés. C'est pourquoi le niveau de protection ne doit pas s'étendre sur douze mois seulement, mais sur toute la période allant jusqu'au règlement définitif des prétentions.

Al. 1

La définition du niveau de protection repose sur les évolutions possibles au niveau mondial durant la période d'une année à compter de la date de référence. Cette période correspond très souvent à l'année calendaire, mais pas toujours, notamment lorsqu'un SST doit être réalisé en cours d'année. Nul ne sait à la date de référence quelles sont les évolutions possibles qui vont effectivement se réaliser.

Chacune de ces évolutions possibles est liée à un résultat annuel et, donc, à une valeur du capital porteur de risque de l'entreprise d'assurance à l'échéance des douze mois. Les évolutions peuvent être triées abstraitement, en fonction du montant du capital porteur de risque. On peut ainsi également établir la quantité des évolutions avec les valeurs les plus basses du capital porteur de risque qui, ensemble, présentent une probabilité d'occurrence de 1 %. Ces évolutions sont typiquement liées à des pertes plutôt qu'à des gains. À partir de là, on peut déterminer la moyenne du capital porteur de risque. Il est renvoyé au déficit attendu (*expected shortfall*) au sens de l'art. 36 P-OS, car c'est là qu'est donnée la définition mathématique précise de cette moyenne.

Al. 2

Le niveau de protection devra être tel que les assurés subiront tout au plus une perte dans les évolutions possibles identifiées qui entraînent un capital porteur de risque de l'entreprise d'assurance inférieur à cette moyenne. Cela a pour corollaire que, dans toutes les évolutions qui présentent un capital porteur de risques supérieur à ladite moyenne, les assurés ne pourront subir aucune perte sur leurs prétentions justifiées.

Les assurés ne subiront aucune perte lorsque l'entreprise d'assurance pourra remplir de manière régulière les engagements découlant de contrats d'assurance dans l'évolution donnée en maintenant constant le niveau de protection du SST sans nouvelles affaires, donc sans

conclure de nouveaux engagements d'assurance. Les prétentions des assurés ne sont généralement pas réglées à la fin de l'année, mais subsistent au moins en partie sur des périodes ultérieures. Le niveau de protection devra être le même durant ces périodes ultérieures, donc ni plus élevé (ce serait trop cher), ni plus bas (cela donnerait aux entreprises d'assurance de fausses incitations à reporter des versements dans le futur). C'est pourquoi l'al. 2 exige que l'entreprise d'assurance dispose à la fin de la première année d'actifs suffisants pour satisfaire «régulièrement» à ses engagements tout en maintenant le niveau de protection du SST.

Les termes «satisfaire régulièrement» se justifient ainsi: en principe, la satisfaction des prétentions des assurés fixées par contrat est notamment compromise lorsqu'un risque d'insolvabilité entraîne un assainissement ou une faillite parce que, le cas échéant, le portefeuille de contrats d'assurance n'est probablement pas couvert, et les prestations promises ne peuvent être assurées complètement selon le niveau de protection. Afin de protéger les prétentions des assurés, il faut en conséquence tenir compte indirectement dans le SST également des prétentions contractuelles des autres créanciers en reconnaissant un éventuel effet amortisseur de risque fixé par contrat. Cet effet est en particulier important pour les instruments de capital amortisseurs de risque (art. 37 P-OS). Ceux-ci figurent au nombre des fonds destinés à absorber les pertes (art. 9a, al. 2, LSA) et pourront, avec l'approbation de la FINMA et pour autant qu'ils ne soient pas pris en compte dans le capital cible et qu'ils se situent dans la limite de prise en compte visée à l'art. 35 P-OS, être imputés au capital porteur de risque.

Le SST se fondera uniquement sur l'évaluation conforme au marché et sur le surendettement figurant dans le bilan SST. Les valeurs conformes au marché et la valeur de marché des actifs et des engagements seront déterminantes pour assurer la liquidation ordinaire des prétentions garanties dans le cadre de contrats d'assurance selon le niveau de protection prescrit par le SST. Elles interviendront en particulier en cas de liquidation ou de reprise de contrats par transfert à une autre entreprise d'assurance, aussi dans le cadre d'un assainissement. Le risque d'insolvabilité en tant que déclencheur notamment d'un assainissement ou d'une faillite (art. 51a LSA) ne sera pas pris en compte dans le SST. De la sorte, il ne sera pas nécessaire d'y modéliser le bilan statutaire. Les entreprises d'assurance devront bien entendu soumettre le bilan statutaire à un monitoring adéquat dans le cadre de la gestion générale des risques (par ex. Own Risk and Solvency Assessment, ORSA)

Art. 23 Prise en compte des nouvelles affaires pour déterminer la solvabilité

La FINMA pourra autoriser une entreprise d'assurance, à sa demande, à prendre en compte pour déterminer sa solvabilité la conclusion de nouvelles affaires à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence, en sus de la garantie des prétentions des assurés sans nouvelles affaires à ladite échéance. Elle accordera cette autorisation en particulier lorsque l'entreprise d'assurance disposera de techniques de modélisation avancées. Dans tous les cas, il faudra toujours remplir la condition d'assurer une liquidation ordonnée, c'est-à-dire la garantie des prétentions des assurés sans nouvelles affaires, tout en maintenant constant le niveau de protection.

Titre précédant l'art. 24

Chapitre 2 Évaluation conforme au marché

Art. 24 Valeur conforme au marché

Al. 1

L'al. 1 reprend les prescriptions visées à l'art. 9a, al. 1, LSA, voulant que l'évaluation du bilan global utilisé dans le SST pour certaines positions se réfère aux valeurs de marché, notamment pour les actifs dont la valeur de marché est fiable conformément à l'art. 26 P-OS. La première phrase est une légère reformulation du libellé de l'annexe 3 actuelle (ch. 1, al. 1, et ch. 2, al. 1). Le changement porte sur la notion de «valeur de marché sûre», qui peut être

ambigüe, remplacée par celle de «valeur de marché fiable» utilisée dans la circulaire FINMA 2017/3²², cm 31.

Al. 2

L'al. 2 dispose, sans modification sur le fond, que l'évaluation des positions du bilan du côté des actifs et des passifs dont la valeur de marché n'est pas fiable s'effectue sur la base d'un modèle d'évaluation. Cela correspond à ce que prévoit l'annexe 3 actuelle (ch. 1, al. 2); la notion de modèle d'évaluation est utilisée dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 32. L'évaluation concerne aussi bien l'évaluation à la date de référence, déterminante pour le capital de base et le capital porteur de risque, que l'évaluation à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence, déterminante pour le capital cible. À la date de référence, l'évaluation se fait sur le moment pour la situation existante et, à l'échéance des douze mois, pour les différentes situations qui résultent des évolutions possibles au cours de cette période et dont font partie en particulier les situations de crise.

Art. 25 Principe

L'art. 25 formule plus explicitement le principe de base exprimé à l'annexe 3 actuelle (ch. 2, al. 3, let. b) applicable pour déterminer la valeur de marché, sans entrer sur des positions de bilan particulières. Cela traduit la pratique de surveillance actuelle avec de légères reformulations (circulaire FINMA 2017/3, cm 30, et annexe 3, ch. 3, al. 2, let. c, actuelle).

À la différence du cm 30, l'art. 25 parle par souci de clarté de «données et informations les plus récentes» au lieu d'«informations les plus récentes». Pour la prise en compte de la date de référence tel qu'envisagée dans le SST, les données et informations les plus récentes jouent un rôle central.

La reformulation porte également sur la qualification des marchés financiers, qui ne sont plus «liquides et transparents», mais «transparents», car il s'agit là d'un principe global pour l'évaluation conforme au marché. La notion inclut notamment aussi l'évaluation des positions illiquides, notamment des actifs illiquides. À cet égard, la pratique admet la possibilité de ne pas se baser exclusivement sur des données et informations provenant des marchés financiers liquides (par ex: calibrage de la volatilité de certains actifs, supplément pour illiquidité dans un taux d'escompte *discounted cashflow* [DCF] pour évaluer les actifs illiquides tels que les immeubles, etc.). L'art. 28 P-OS fixe des exigences spécifiques à l'évaluation des actifs avec des modèles d'évaluation. Concernant l'exigence d'absence de contradiction avec les données et informations les plus actuelles, les données et informations illiquides bénéficient toutefois d'une marge de tolérance plus large; les restrictions sont plus importantes s'agissant des données et informations liquides.

Art. 26 Évaluation des actifs

Al. 1 et 2

En principe, la valeur de marché des actifs est fiable lorsque ceux-ci peuvent être vendus ou achetés à la valeur de marché. L'al. 1 spécifie à quelles conditions cette valeur pourra être considérée comme fiable. Il se base sur la circulaire FINMA 2017/3, cm 31, et remplace la notion de «commerçants de titres» par celle de «maisons de titres» introduite entre-temps dans la réglementation des marchés financiers. Une valeur de marché fiable d'actifs devrait en particulier être assez «uniforme» pour que les prix des diverses transactions d'actifs soient au même moment à peu près identiques pour les différentes contreparties.

Al. 3

La valeur conforme au marché des actifs calculée à l'aide de modèles d'évaluation doit consister, comme la valeur des actifs dont la valeur de marché est fiable, en un prix de vente et un prix d'achat. Le modèle d'évaluation des actifs devra fournir, selon l'application, une valeur à laquelle l'entreprise d'assurance pourra acheter ou vendre les actifs. À cet égard, il faudra

²² Circulaire FINMA 2017/3 «Test suisse de solvabilité (SST)» du 9 décembre 2016

tenir compte de manière appropriée des primes éventuelles qu'exigeraient les participants au marché à titre de compensation pour les risques correspondants et en particulier l'illiquidité (primes d'illiquidité). Il s'agit de garantir ainsi que l'évaluation ne conduise pas à une incohérence par rapport au niveau de protection prescrit. L'idée n'est pas d'exiger que l'évaluation soit conservatrice dans le bilan à la date de référence, mais plutôt qu'elle corresponde de manière réaliste à la situation en question. L'al. 2 traduit la pratique établie; la formulation correspond à la première phrase de la circulaire FINMA 2017/3, cm 32.

Art. 27 Évaluation des engagements

Les engagements visés à l'art. 27 incluent les engagements d'assurance dont l'évaluation est détaillée à l'art. 30 P-OS. Le texte correspond à la pratique actuelle et provient de la circulaire FINMA 2017/3, cm 32, 2^e phrase. En l'espèce, il est question en particulier de fixer la valeur des autres engagements sur la base de principes. À ce propos, seul le ch. 3, al. 1, de l'annexe 3 de l'OS contient une remarque concernant la nécessité de corriger la valeur de l'effet de sa propre solvabilité (cf. art. 29 P-OS).

Art. 28 Modèle d'évaluation des actifs

En cohérence avec la formulation actuelle de l'annexe 3 (ch. 2, al. 3), l'art. 28 se réfère à l'utilisation de modèles d'évaluation pour déterminer la valeur conforme au marché des actifs.

Al. 1

La let. a correspond au ch. 2, al. 3, let. a, de l'annexe 3 actuelle. Pour les actifs en lien avec des contrats de (ré)assurance ou un risque d'assurance (par ex. exigences de réassurance, placements ILS), l'évaluation de l'aspect risque d'entreprise peut également recourir à des méthodes actuarielles.

La let. b correspond sur le fond au ch. 2, al. 3, let. b, de l'annexe 3 actuelle. La référence à des grandeurs du marché observées permet d'établir le lien avec l'art. 25 P-OS, étant donné que le qualificatif «observées» souligne la traçabilité objective des données utilisées. Les grandeurs du marché ne doivent cependant pas être obligatoirement liquides. Une telle approche constituerait une importante restriction puisque l'évaluation avec modèles porte sur des actifs sans valeur de marché fiable qui ne sont donc pas traités en tant que liquides.

Al. 2

L'al. 2 est identique au ch. 2, al. 3, let. c, de l'annexe 3 actuelle.

Art. 29 Prise en compte du risque de défaillance

Les deux alinéas de l'art. 29 correspondent à la pratique actuelle et reformulent la circulaire FINMA 2017/3, cm 44, et l'annexe 3 actuelle (ch. 3, al. 1, 2^e phrase; voir aussi la circulaire FINMA 2017/3, cm 45).

Al. 1

Pour l'évaluation des actifs, il faudra tenir compte du risque de défaillance des contreparties, car ce risque est pertinent s'agissant aussi bien du prix de vente éventuel que des flux d'entrées de trésorerie (*cashflows*). À cet égard, le risque de défaillance et les autres risques devront être évalués en cohérence avec l'art. 26, al. 2, P-OS sous la forme d'une réduction correspondant à la compensation exigée par un participant au marché pour les risques. La mise en œuvre concrète de cette exigence dans un modèle pourra faire appel à plusieurs techniques actuariellement reconnues (notamment prime de risque explicite ou choix d'un étalon d'évaluation adéquat).

Al. 2

Contrairement à l'annexe 3 actuelle (ch. 3, al. 1, 2^e phrase), l'al. 2 s'appliquera à tous les engagements et non pas uniquement aux «autres» engagements, et, à des fins de clarté, mentionne également les flux de sorties de trésorerie; sur ces deux points, il est analogue à la

circulaire FINMA 2017/3, cm 45. Par souci de clarté et de cohérence avec l'art. 37 P-OS, les instruments de capital amortisseurs de risque pris en compte dans le capital cible sont aussi mentionnés. Enfin, l'al. 2 dispose clairement que le risque de défaillance propre (selon la définition donnée ci-après) pourra en principe ne pas être pris en compte également dans le cas des instruments de capital amortisseurs de risque intégrés dans le capital porteur de risque ou pris en compte dans le capital cible. Dans la pratique, le risque de défaillance propre avec de tels instruments amortisseurs de risque pourra toutefois probablement être négligé dans les cas typiques selon le principe de l'importance, c'est pourquoi ces instruments pourront être évalués à leur valeur de marché (si elle est fiable). Ces points sont développés plus précisément ci-après.

Pour les instruments de capital amortisseurs de risque intégrés dans le capital porteur de risque ou pris en compte dans le capital cible, on distingue la prise en compte de la solvabilité propre de celle du risque de défaillance propre. Dans le cas de ces instruments, la prise en compte de la solvabilité propre est un élément essentiel de l'effet amortisseur de risque. Le contrat correspondant contient des dispositions qui ont pour incidence de réduire l'engagement en premier lieu lorsque la solvabilité se détériore (c.-à-d. aggravation de l'état financier de l'entreprise d'assurance). Notamment lorsque le quotient SST est inférieur à un seuil déterminé, cela entraîne un amortissement, une conversion ou un ajournement.

En revanche, l'évaluation des engagements ne doit pas tenir compte du risque de défaillance propre au sens strict (le risque qu'un versement échu contractuellement ne soit pas ou que partiellement effectué, que ce soit à cause de problèmes de liquidité, d'un surendettement ou d'une absence de volonté de payer). Il manquerait sinon une valeur susceptible de refléter la charge financière liée à l'exécution des engagements et utile pour déterminer si les actifs sont suffisants pour l'exécution garantie à la contrepartie.

Pour les instruments de capital amortisseurs de risque, la défaillance de l'entreprise d'assurance est d'importance restreinte: en présence d'un risque de manque de liquidités ou de surendettement, un instrument de capital amortisseur de risque admis est amorti, converti ou ajourné en fonction de la conception du contrat y relatif. Ainsi, ce type d'instrument n'entraîne pas la défaillance de l'entreprise d'assurance. Une défaillance n'est donc possible que par absence de volonté de payer, c'est-à-dire lorsque l'entreprise d'assurance n'effectue pas un versement convenu par contrat en violation des conditions contractuelles. Dans la pratique, ce risque de défaillance devrait probablement pouvoir être considéré dans les cas typiques comme suffisamment faible pour pouvoir être négligé selon le principe de l'importance dans l'évaluation. En conséquence, il sera possible dans ces cas de recourir à la seule valeur de marché (si elle est fiable) sans adaptation pour déterminer la valeur conforme au marché des instruments de capital amortisseurs de risque intégrés ou pris en compte.

Art. 30 Évaluation des engagements d'assurance

Al. 1

L'al. 1 indique à quoi correspond la valeur conforme au marché des engagements d'assurance en précisant la définition générale que donne l'art. 27 P-OS des engagements. Dans ce cadre, un lien est établi avec l'art. 21 P-OS: lors de l'évaluation conforme au marché des engagements d'assurance, il s'agit de satisfaire les prétentions des assurées garanties dans le cadre de contrats d'assurance tout en maintenant le niveau de protection du SST visé à l'art. 22 P-OS. Étant donné que le niveau de protection dans le SST est toujours exigé uniquement pour une période d'une année, il peut s'avérer nettement réduit pour les prétentions à long terme sur la période totale.

L'évaluation conforme au marché des engagements d'assurance dans le SST ne relève pas d'une construction théorique. Bien au contraire, la valeur correspond à la charge financière concrète nécessaire pour produire (coûts de production) les obligations de paiement liées aux prétentions des assurés découlant de contrats d'assurance «dans un nombre suffisamment

grand de cas» (c.-à-d. selon le niveau de protection). Cette production utilise en général également du capital, ce qui explique que les coûts de production comprennent aussi les coûts du capital.

Al. 2

L'al. 2 correspond au ch. 3, al. 2, 1^{re} phrase, de l'annexe 3 actuelle.

Al. 3

Est défini à l'al. 3 le calcul de la valeur estimative la meilleure possible (*best estimate*). La première phrase correspond largement à la deuxième phrase du ch. 3, al. 2, de l'annexe 3 actuelle, mais il est désormais question, par souci de cohérence avec l'art. 21 P-OS, de flux de paiements «garantis» au lieu de «garantis contractuellement». Cette adaptation ne vise pas pour autant à modifier la pratique. En particulier, le modèle standard doit s'en tenir à la pratique parfois simplifiée consistant à ne pas prendre en compte certains excédents pour les activités exercées en Suisse.

La deuxième phrase reprend les termes de la circulaire FINMA 2017/3, cm 49, sous une forme adaptée à l'ordonnance et plus concise. Sont spécifiés les flux de paiements qui sont concernés par la valeur estimative la meilleure possible. En particulier, cette valeur est limitée par le montant minimal visé à l'al. 4 du fait de l'exclusion des coûts du capital comme élément de la valeur des engagements d'assurance au sens de l'art. 30, al. 1, P-OS. En général, les flux de paiement comprennent également les flux entrants (p. ex. créances découlant de la réassurance ou rétrocessions). Comme précisé à l'art. 29, al. 1, OS, le risque de défaillance des contreparties doit être pris en compte dans ce cadre.

S'agissant toujours de la valeur estimative la meilleure possible, il est désormais question de flux de paiements «escomptés sans risque» au lieu de flux de paiements «escomptés avec une courbe de l'intérêt sans risque». Cette modification permet de reprendre de manière générale la réglementation actuelle dans l'ordonnance conformément à la pratique en vigueur. Alors que la formulation actuelle fait référence à une courbe de l'intérêt pour les prêts sans risque, la nouvelle formulation permet notamment aussi l'escompte avec un facteur d'escompte donné par un compte d'épargne à court terme, sans risque, stochastiquement projeté dans le futur. On reprend ainsi l'interprétation usuelle de la valeur estimative la meilleure possible dans l'application des générateurs de scénarios économiques (*economic scenario generators*, ESG). Dans le domaine de l'assurance sur la vie, cette interprétation a souvent été, et est parfois encore aujourd'hui, appliquée sous la désignation d'«évaluation neutre en matière de risque» par les entreprises d'assurance elles-mêmes et doit en principe être appliquée dans le cadre du modèle standard vie sauf en cas de non-matérialité. Les modèles d'évaluation basés sur les ESG sont particulièrement importants pour les garanties substantielles sensibles aux marchés financiers telles qu'elles se présentent par exemple avec des annuités variables.

La principale famille de modèles d'évaluation basés sur les ESG est qualifiée d'«évaluation neutre en matière de risque». Ces modèles calculent l'espérance mathématique en se fondant sur un étalon d'évaluation qui remplit une condition mathématique avec le compte d'épargne sans risque. Cette condition exige que tous les *tradeables* escomptés (actifs pour lesquels on peut admettre qu'ils sont négociés en continu sur des marchés profonds et liquides) présentent une martingale (locale). Dans ce cadre, les ESG qui modélisent le marché des *tradeables* doivent se baser sur une méthode actuariellement reconnue. Il en résulte un procédé cohérent avec les principes d'évaluation des actifs, notamment en cas de risque d'assurance infime. Globalement, il est évident que certains facteurs de risque d'assurance sont aussi déterminants, c'est pourquoi l'étalon d'évaluation peut s'avérer nettement plus général que l'étalon d'évaluation basé sur des calculs actuariels.

Les modèles d'évaluation basés sur les ESG disponibles peuvent être très complexes et très variés. On admet aussi en particulier les changes de numéraire (*changes of numéraire*) qui sont parfois déterminants notamment pour le change de devises, pour des simplifications de l'évaluation ou pour certaines approches d'évaluation en temps réel (*real world*). Comme le veut la pratique actuelle, les modèles d'évaluation basés sur les ESG pour les engagements

d'assurance sont en tout cas soumis à l'approbation de la FINMA s'ils ne correspondent pas aux ESG d'un modèle standard.

La nouvelle formulation reprend l'ancienne en tant que cas spécial: la valeur estimative la meilleure possible (dans le cadre de l'évaluation neutre en matière de risque) peut se définir comme étant la somme des flux de paiements escomptés avec une courbe de l'intérêt sans risque et attendus avec la probabilité mesurée en temps réel si les flux de paiements d'assurance sont indépendants des marchés financiers et qu'une hypothèse supplémentaire est appliquée à l'étalon. La courbe de l'intérêt sans risque étant connue au moment de l'évaluation, l'escompte peut être intégrée dans la valeur attendue (conditionnée), ce qui correspond à peu près à la formulation actuelle de l'OS en admettant que les valeurs attendues sont calculées en temps réel, ce qui n'était pas spécifié jusqu'à présent.

Al. 4

L'al. 4 tient désormais compte des éléments de la réglementation actuelle (art. 41, al. 3, et circulaire FINMA 2017/3, cm 51 et 52).

La notion de provision pour coûts du capital indique clairement que le montant minimum constitue, outre la valeur estimative la meilleure possible, un élément de la provision pour les prétentions des assurés. Pour que la provision pour coûts du capital suffise en soi pour l'exécution par les entreprises d'assurance des engagements d'assurance, il faut que le financement (indemnisation et admission éventuelle) du capital porteur de risque soit garanti pendant toute la période durant laquelle existent des prétentions des assurés garanties dans le cadre des contrats d'assurance établis à la date considérée.

Le montant minimum est défini désormais dans l'ordonnance conformément à la hiérarchie des normes. C'est une manière d'étayer la confiance dans la pratique actuelle. S'il fallait à l'avenir préciser, modifier ou développer la pratique, cela se ferait au niveau réglementaire adéquat, dans le cadre d'une évaluation globale et sur la base des meilleures données acquises ultérieurement.

Le montant minimum équivaut aux coûts du capital nécessaires pour chaque future période d'une année afin de financer le capital porteur de risque qui correspond au capital cible pour la période d'une année correspondante (de sorte que le niveau de protection dans le SST soit respecté). Le montant minimum à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence se réfère, selon la pratique actuelle, à une situation dans laquelle aucune nouvelle affaire n'est souscrite et les placements sont gérés de sorte à n'encourir aucun risque de marché et de crédit évitable. Dans la pratique actuelle, les coûts du capital pour une période d'une année équivalent au capital cible correspondant multiplié par le taux de coût du capital applicable.

Le montant minimum ressort des montants futurs principalement stochastiques du capital cible et des taux de coût du capital applicables. Calculer de manière précise le montant minimum constitue donc un défi, et le principe de la proportionnalité suggère en l'occurrence d'envisager des simplifications possibles sans compromettre le respect du niveau de protection. La circulaire FINMA 2017/3, cm 52, dispose qu'en l'absence d'autres indications de la FINMA, le montant minimum à un moment donné peut être calculé de manière simplifiée comme étant la somme des valeurs actualisées des coûts du capital sur toutes les années futures sur lesquelles s'étend le règlement des engagements d'assurance par l'entreprise d'assurance elle-même, les valeurs étant déterminées par l'évolution attendue à ce même moment. Avec cette simplification, on tient compte uniquement de l'évolution attendue à un moment donné au lieu des nombreuses évolutions possibles. Il s'agit donc d'une seule voie dans le futur, et ce sont alors les montants du capital cible et les coûts du capital au moment considéré qui sont déterminants.

Art. 31 Courbes de taux

Al. 1 et 2

L'al. 1 et 2 se basent sur la norme de délégation de l'art. 9b LSA et sur la pratique actuelle en matière de surveillance telle que décrite notamment dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 46. Comme elle le fait déjà, la FINMA fixera les courbes de taux sans risque pour les principales monnaies. Pour les autres monnaies, c'est l'al. 4 qui s'appliquera.

Les courbes de taux sans risque prescrites par la FINMA (de même que les éventuelles courbes de taux sans risque de l'entreprise d'assurance visées aux al. 3 et 4) devront être conformes au marché et notamment ne présenter aucune déviation inexplicable par rapport aux cotations de marché fiables et sans risque. L'explicabilité des déviations dépend de la sévérité des restrictions qui ressortent des grandeurs du marché, notamment des cotations. Par exemple, les déviations qui se trouvent dans l'intervalle acheteur-vendeur (*bid-ask spread*) peuvent être expliquées.

Al. 3

L'al. 3 vise à fixer la pratique en matière de surveillance (circulaire FINMA 2017/3, cm 46, 2^e phrase) dans l'ordonnance.

Al. 4

Il s'agit à l'al. 4 d'inscrire la pratique de la FINMA (circulaire FINMA 2017/3, cm 47) au niveau supérieur de l'ordonnance conformément à la hiérarchie des normes.

Al. 5

L'al. 5 vise à permettre l'utilisation dans le SST de courbes de taux admises par la réglementation en matière de solvabilité d'une juridiction étrangère à titre de courbes de taux sans risque pour les activités d'une filiale soumise à ladite juridiction. Pour le régime Solvabilité II, on part du principe que les courbes de taux satisfont à l'exigence. Sont ainsi admises notamment toutes les courbes de taux admises conformément à l'AEAPP pour certains portefeuilles. L'application correcte doit être prouvée dans le rapport SST. Une filiale au sens de l'al. 5 est une entreprise d'assurance qui n'est pas elle-même soumise au SST. L'al. 5 concerne donc le SST de groupe des groupes et conglomérats d'assurance suisses et (dans le cas d'entreprises d'assurance suisses avec participation dans une entreprise d'assurance étrangère), dans le modèle de participation, la modélisation des contrats d'assurance étrangers dans cette participation.

Titre précédant l'art. 32

Chapitre 3 Capital porteur de risque

Art. 32 Définitions

L'art. 32 correspond à la réglementation actuelle (art. 47, al. 1, 48 et 49), à l'exception des quelques modifications imposées notamment par les art. 9 à 9b LSA. Les notions et les définitions sont séparées des restrictions relatives à la prise en compte énoncées à l'art. 34 P-OS, qui reprend l'art. 47, al. 2 et 3, actuel. À l'al. 4, let. d, le terme de «taxe immobilière différée» employé actuellement à l'art. 48, al. 1, let. d, est remplacé par «des impôts fonciers et des droits de mutation différés», sans pour autant envisager un changement de pratique.

Al. 2

Une modification importante apportée réside en l'occurrence dans le fait de renoncer à indiquer le montant minimum dans la définition du capital de base (comme dans celle des actifs nets SST à l'al. 3) comme cela est le cas actuellement (art. 48, al. 1). Cette nouvelle disposition simplifie la formulation, améliore la comparabilité avec d'autres systèmes de solvabilité, permet une définition plus simple du capital cible et simplifie la définition du quotient SST par rapport notamment à celle qui est donnée dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 62.

Il est autorisé désormais de comptabiliser dans le capital de base les instruments de capital amortisseurs de risque de tier 1 qui ont été approuvés par la FINMA sur la base de l'art. 36 P-OS et qui ne sont pas pris en compte dans le capital cible jusqu'à un montant imputable (autrement dit l'effet en montant imputable qui est donné par les limites de prise en compte définies à l'art. 34, al. 5, P-OS).

Al. 3

La révision de la loi implique l'utilisation de la nouvelle notion d'«actifs nets SST». En outre, l'exclusion des propres impôts de l'entreprise du bilan SST est désormais expressément mentionnée, conformément à la pratique actuelle en matière de surveillance. Cette exclusion était signalée jusqu'alors dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 18 (dernière phrase) et dans l'annexe 3 actuelle (ch. 3, al. 2, let. a, pt 4) en lien avec la valeur estimative la meilleure possible.

Al. 4

La let. b règle le traitement des actions propres dans le SST. Le SST part du principe que les actions propres sont inscrites en tant qu'actifs au bilan SST. Les actions propres, détenues au propre risque du détenteur, doivent être déduites lors du passage aux actifs nets SST, au capital de base et au capital porteur de risque. Il est désormais explicitement précisé, à titre d'exception, que les actions propres dont la (re)vente est contractuellement garantie à la date de référence (par ex. par un contrat d'achat ferme) ne doivent pas être déduites. Dans ce cas, le bilan SST comprend, en sus, une créance à l'actif et un engagement au passif vis-à-vis de l'acheteur. Si les actions propres dont la (re)vente est contractuellement garantie ne sont pas déduites, les risques qui en découlent doivent être reflétés de manière appropriée dans le SST conformément à l'art. 40, al. 1. Dans ce cadre, il convient de tenir compte en particulier, selon l'art. 29, al. 1, du risque de défaillance des contreparties pertinentes et des autres risques pertinents.

À la let. d, on remplace le terme de «taxe immobilière différée» utilisé actuellement à l'art. 48, al. 1, par «des impôts fonciers et des droits de mutation différés» sans toutefois envisager un changement de pratique.

Al. 5

L'art. 49 actuel est ici repris en partie, mais sans la distinction opérée entre le capital complémentaire inférieur et le capital complémentaire supérieur et sans les limites de prise en compte relatives au capital complémentaire inférieur. Ces éléments sont nouvellement traités à l'art. 38 P-OS. Le capital complémentaire correspond désormais au montant imputable des instruments de capital amortisseurs de risque approuvés par la FINMA (art. 34, al. 6, P-OS) qui sont intégrés dans le capital porteur de risque et non pris en compte dans le capital cible, mais qui ne sont pas des instruments de tier 1 imputés au capital de base.

Schématiquement, en excluant les postes d'impôts sur les entreprises et les déductions prévues à l'al. 4, on obtient en général la répartition suivante du capital porteur de risque dans le bilan SST (l'acronyme CAR désigne les instruments de capital amortisseurs de risque; les postes individuels ne sont pas exactement à l'échelle):

Actifs	Autres engagements		
	Autres CAR imputés	Capital complémentaire	Capital porteur de risque
	CAR Tier-1 imputés	Capital de base	
	Position de capital (actifs nets SST)		

Art. 34 Prise en compte des instruments de capital amortisseurs de risque

L'art. 34 résume les limites de prise en compte des instruments de capital amortisseurs de risque (art. 22b, 47 et 49 actuels).

Al. 1

À l'al. 1, la notion d'effet en montant (cf. art. 22b, al. 1, actuel) décrit l'effet des instruments de capital amortisseurs de risque sur le SST du fait de l'imputation au capital porteur de risque ou de la prise en compte dans le capital cible. Pour l'imputation au capital porteur de risque, l'effet en montant est donné par la valeur intégrale conforme au marché à la date de référence. Le capital porteur de risque résultant de l'imputation (jusqu'aux effets des limites de prise en compte) est donc le même que si les instruments de capital amortisseurs de risque ainsi imputés n'existaient pas en tant qu'engagements. À l'inverse, pour la prise en compte dans le capital cible, l'effet en montant est donné par l'effet effectif sur le capital cible. L'effet amortisseur de risque des instruments de capital correspondants dans la détermination du SST est ainsi explicitement calculé. Si le niveau de protection (art. 22 P-OS) est maintenu à la date de référence, cet effet est alors tout au plus identique à la valeur conforme au marché de ces instruments à ladite date.

Al. 2 à 4

Il est question aux al. 2 à 4 de l'imputation sur le capital porteur de risque d'instruments de capital amortisseurs de risque qui échoient dans les douze mois à compter de la date de référence et qui sont déterminants pour le SST à ladite date (al. 2), ou pour lesquels l'entreprise d'assurance émettrice a une option de remboursement anticipé (al. 3). Ces alinéas sont comparables à la réglementation actuelle (art. 49, al. 3, let. a). L'éventuelle option de remboursement sera exercée potentiellement pendant les douze mois à compter de la date de référence et, si possible, sans remplacement des instruments de capital amortisseurs de risque correspondants. L'al. 3 permet cependant (jusque dans les limites de prise en compte définies aux al. 5 à 7) l'imputation intégrale de l'effet en montant à deux conditions. Premièrement, l'option de remboursement ne pourra être exercée que si la FINMA a d'abord reçu la preuve que les exigences relatives au remboursement (art. 37, al. 1, let. d et e, P-OS) sont remplies et qu'elle a admis cette preuve. Si un instrument de capital amortisseur de risque n'a pas été remplacé au préalable par un instrument d'une valeur égale ou supérieure, cette preuve sera alors apportée par une détermination SST appropriée. Il est clair que le principe généralement applicable de la proportionnalité vaudra également dans ce cadre. Deuxièmement, conformément à l'al. 4, les effets sur le SST devront être rendus publics. L'al. 2 prévoit qu'en cas d'échéance résiduelle ne dépassant pas douze mois à compter de la date de référence, le calcul du capital cible prendra pour hypothèse que les instruments seront remboursés à leur valeur nominale à l'échéance. L'information du public visée à l'al. 4 ne devra pas se faire sous la forme d'un rapport complet sur la situation financière; on pourra se contenter de fournir les indications concernant la solvabilité selon le SST.

Al. 5

L'al. 5 fixe la limite de prise en compte des instruments amortisseurs de risque du tier 1 dans le capital de base au sens de l'art. 32, al. 2, P-OS.

Al. 6

L'al. 6 fixe les limites de prise en compte des autres instruments de capital amortisseurs de risque qui sont soit intégrés dans le capital porteur de risque en tant que capital complémentaire selon l'art. 32, al. 5, P-OS, soit pris en compte dans le capital cible. Les grandeurs de référence sont les actifs nets SST. L'al. 6 correspond sur le fond au droit actuel (art. 22b, al. 1, et 47, al. 2).

Al. 7

L'al. 7 reprend la disposition actuelle relative aux dérogations (art. 47, al. 3).

Titre précédant l'art. 35

Chapitre 4 Capital cible

Art. 35 Définition et calcul

Al. 1

La définition du capital cible correspond à la réglementation actuelle (art. 41, al. 1). Conformément à l'al. 1, le capital cible ne sera calculé que si aucun instrument de capital amortisseur de risque n'est imputé au capital porteur de risque. Dans ce cas, le capital porteur de risque, le capital de base et les actifs nets SST seront identiques.

Le capital cible résulte naturellement de la concrétisation des art. 21 et 22 P-OS: il correspond à une dotation minimale en capital avec laquelle le niveau de protection du respect des prétentions des assurés découlant de contrats d'assurance est maintenu. Il rend ainsi opérationnel le rapport entre la dotation en capital exigée dans le SST (donc, en fin de compte, le quotient SST) et le maintien du niveau de protection, et établit en sus un lien avec l'évaluation à utiliser pour le maintien du niveau de protection. À cette fin, la définition du niveau de protection (art. 22 P-OS) est concrétisée dans le sens où le capital cible est défini comme étant le capital porteur de risque minimum (c.-à-d. les actifs nets SST) qui devra exister à la date de référence pour que le niveau de protection à atteindre avec le SST à ladite date soit maintenu. En outre, l'ordonnance dispose que les assurés ne subiront aucune perte sur leurs prétentions si le capital porteur de risque, autrement dit les actifs nets SST, n'est pas négatif à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence (donc, en résumé, si la valeur des actifs est au moins aussi élevée que la valeur des engagements).

Une modification importante résulte de la nouvelle définition que donne l'art. 32 P-OS du capital porteur de risque, plus précisément du capital de base (al. 2) et des actifs nets SST (al. 3). Contrairement à la règle actuelle (art. 41, al. 1), la définition du capital cible ne présente plus le montant minimum séparément, mais le déduit des actifs nets SST en tant qu'engagement. Il en résulte une formulation analogue à celle que l'on trouve dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 57. De même, à l'al. 2, le montant minimum n'est plus additionné dans la formule pour le capital cible. La notion de capital risque sur une année qui figure dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 60, est donc redondante.

Al. 2

L'al. 2 indique à quoi correspond le capital cible, ce qui est conforme à la hiérarchie des normes (cette indication figure actuellement dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 60). Cela permet pour l'essentiel de calculer le capital cible à partir de la variation du capital porteur de risque sur une année. À cet égard, le capital porteur de risque à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence est égal à la somme des actifs nets SST et des instruments de capital amortisseurs de risque (calculée à l'échéance des douze mois à compter de la date de référence) qui sont imputés à cette date au capital de base ou au capital porteur de risque en tant que capital complémentaire.

En raison de l'effet en montant des instruments de capital amortisseurs de risque lors de l'imputation au capital porteur de risque (art. 34, al. 1, P-OS), le capital porteur de risque correspond dans ce cadre précisément aux actifs nets SST sans les engagements qui sont imputés en tant qu'instruments amortisseurs de risque sur le capital porteur de risque. La variation sur une année de la valeur conforme au marché de ces engagements n'est donc pas intégrée dans le capital cible. Cela répond à l'exigence énoncée à l'art. 37 P-OS en garantissant que ces engagements ne seront pas également pris en compte dans le capital cible avec un effet amortisseur de risque.

Pour éviter un effet amortisseur de risque sur le capital cible des instruments de capital amortisseurs de risque non imputés au capital porteur de risque ou non approuvés par la FINMA pour prise en compte dans le capital cible, la modélisation de ces instruments dans le calcul du capital cible doit exclure leurs propriétés d'amortisseur de risque. Il s'agit toutefois de ne pas imposer cette exigence séparément, car il est déjà spécifié plus haut dans l'ordonnance (art. 29, al. 2, P-OS) que, pour de tels instruments en particulier, aucun des effets de la solvabilité propre de l'entreprise d'assurance entraînant une réduction des engagements n'est pris en compte dans l'évaluation.

Al. 3

L'al. 3 correspond à la pratique actuelle voulant que des versements effectués au cours des douze mois à compter de la date de référence sont en principe pris en compte dans le capital cible. Ce point est notamment intéressant en rapport avec les instruments de capital amortisseurs de risque qui sont imputés au capital porteur de risque. Car, comme indiqué à propos de l'al. 2, ces instruments n'interviennent plus directement en tant qu'engagements dans le calcul du capital cible lors de l'imputation au capital porteur de risque. Des remboursements de la créance de capital effectués par exercice des options de remboursement dans le cas des versements au sens de l'al. 3 sont exclus des versements à prendre en compte si les instruments de capital amortisseurs de risque correspondants sont imputés au capital porteur de risque, car ceux-ci sont traités séparément à l'art. 34 P-OS.

Art. 36 Expected Shortfall

L'art. 36 remplace la définition de l'*expected shortfall* qui est donnée à l'annexe 2 actuelle – laquelle est révisée dans la nouvelle annexe 3 – et reprend pour l'essentiel la pratique arrêtée dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 58. On admet désormais que les pertes dans les variables aléatoires représentent des montants insignifiants, voire négatifs, que le quantile «inférieur» est utilisé, et que l'*excepted shortfall* est calculé à partir de la plus petite valeur des variables aléatoires.

Titre précédant l'art. 37

Chapitre 5 Instruments de capital amortisseurs de risque

Art. 37 Imputation et prise en compte

L'art. 37 correspond en grande partie au droit actuel (art. 22a), mais fait désormais référence uniquement au SST et non plus à la solvabilité I. En outre, les exigences en matière d'imputabilité et de prise en compte des instruments de capital amortisseurs de risque sont affinées, avec l'introduction notamment de deux niveaux («tiers») de qualité de fonds propres.

Al. 1

Pour les instruments de capital amortisseurs de risque, l'ordonnance fait désormais une distinction claire entre leur imputation au capital porteur de risque et leur prise en compte dans le capital cible (art. 46, al. 4, actuel). En outre, l'imputation des instruments de capital amortisseurs de risque au capital porteur de risque comprend nouvellement l'imputation au capital de base (art. 32, al. 2, P-OS) et l'imputation en tant que capital complémentaire (art. 32, al. 5, P-OS).

Let. a

La let. a exige le versement effectif pour l'imputation des instruments de capital amortisseurs de risque au capital porteur de risque ou leur prise en compte dans le capital cible. Ils ne peuvent pas être garantis au moyen d'actifs de l'entreprise d'assurance. Toutefois, la FINMA peut, entre autres, approuver les instruments de capital amortisseurs de risque de manière conditionnelle et suspensive si, à la date d'émission, toutes les conditions requises pour l'imputation ou la prise en compte de l'instrument sont satisfaites, mais que le versement n'a pas encore eu lieu. Cette approbation conditionnelle et suspensive de la FINMA ne permet cependant pas aux entreprises d'assurance d'imputer l'instrument de capital amortisseur de risque au capital porteur de risque ou de le prendre en compte dans le capital cible avant qu'il ait été effectivement versé.

Let. b

Naturellement, l'effet amortisseur de risque des instruments de capital ne doit pas pouvoir être annulé par la possibilité d'une compensation au moyen d'avoirs de l'entreprise d'assurance.

Let. c

Contrairement à la réglementation bancaire et au droit de l'assurance dans l'UE, il n'existe dans le droit actuel aucune prescription concernant le capital propre réglementaire de haute qualité (tier 1). En raison de l'absence consécutive de règles octroyant aux instruments de tier 1 des privilèges d'imputation par rapport aux instruments de tier 2, le droit actuel encourage le recours à des instruments de tier 2 de moindre qualité. La seconde partie de la let. c introduit des instruments de tier 1 de meilleure qualité, et étend ce faisant le spectre des possibilités de refinancement pour les entreprises d'assurance.

La let. c précise en outre que les exigences concernant les instruments des tiers 1 et 2 doivent être fixées par contrat. Par «contrat», on entend tous les documents et règlements qui sont juridiquement déterminants pour l'instrument de capital amortisseur de risque (cf. aussi l'al. 4 ci-après). La conception juridique des relations contractuelles entre les entreprises d'assurance et les créanciers obligataires ou les prêteurs peut évidemment présenter diverses formes en fonction de la structure d'émission et du caractère de l'instrument de capital amortisseur de risque. La réglementation a pour but d'assujettir toutes les formes d'émission aux exigences.

– Ch. 1

Les instruments du tier 2 n'ont pas d'échéance fixe de remboursement ou ont une échéance initiale de cinq ans au moins (cf. l'art. 38, al. 2, P-OS). En cas de survenance d'un événement *trigger*, mais au moins si le seuil de 100 % du quotient SST n'est pas atteint ou en cas de risque d'insolvabilité, l'entreprise d'assurance a le droit et le devoir d'ajourner le paiement de la créance en capital et des intérêts passifs échus. Cela correspond à la réglementation et à la pratique en vigueur. Il est dorénavant aussi exigé que les conditions prévues à l'art. 51a, al. 4, LSA soient satisfaites. Cette nouveauté légale essentielle, introduite à l'issue des débats parlementaires, évite un surendettement dans le bilan déterminant qui serait déclenché par des instruments de capital amortisseurs de risque approuvés par la FINMA, notamment si la créance en capital et le paiement des intérêts découlant de ces instruments sont, en cas de liquidation, de faillite ou d'assainissement, colloqués après toutes les autres créances non subordonnées et toutes les créances subordonnées qui peuvent être imputées au capital cible ou au capital porteur de risque au sens de l'art. 9 LSA (cf. la discussion de l'al. 5 ci-après concernant les garanties liées aux instruments de capital amortisseurs de risque). La postposition jusque-là possible ne permettait pas d'éviter les cas de surendettement. Il était de fait aussi impossible d'empêcher la faillite avec les instruments de capital amortisseurs de risque actuels. La nouvelle réglementation améliorera nettement la qualité des instruments du tier 2 dans l'intérêt des assurés et des entreprises d'assurance.

– Ch. 2

Les instruments du tier 1 n'ont pas non plus d'échéance fixe de remboursement (cf. art. 38, al. 1, OS). Comme pour les instruments de capital amortisseurs de risque de tier 2, l'entreprise d'assurance est tenue d'ajourner le paiement de la créance en capital et des intérêts passifs échus en cas de survenance d'événements *trigger* définis contractuellement, mais au moins si le seuil de 100 % du quotient SST n'est pas atteint ou en cas de risque d'insolvabilité. Les instruments de capital amortisseurs de risque de tier 1 disparaissent en outre par la réduction intégrale des créances ou sont transformés en capital propre statuaire en cas de survenance d'un événement *trigger*, mais au moins lorsque le «seuil de 80 % du quotient SST n'est plus atteint», «au moment du surendettement imminent» ou en cas de «retrait de l'autorisation». Le surendettement imminent est un événement *trigger* contractuel qui se rapporte à l'entité et à son bilan statuaire. Il y a surendettement imminent dès lors qu'il existe une crainte fondée que les engagements de l'entité, y compris les instruments de capital amortisseurs de risque, ne soient plus couverts par l'actif. Cette définition s'applique également lorsque les conditions énoncées à l'art. 51a, al. 4, LSA sont

remplies, comme l'exige le ch. 2 en lien avec le ch. 1, bien que les instruments de capital amortisseurs de risque ne soient pas pris en compte lors de la constatation du surendettement statutaire selon cette disposition. Dans le cadre de l'examen du «surendettement imminent», les instruments de capital amortisseurs de risque doivent donc systématiquement être pris en compte à titre d'engagements, même s'ils ne sont pas pris en compte dans l'évaluation menée selon le droit des faillites. L'événement *trigger* contractuel «surendettement imminent» précède donc l'existence de «raisons sérieuses d'admettre qu'une entreprise d'assurance est surendettée» au sens de l'art. 51a, al. 1, LSA. Le retrait de l'autorisation se base sur l'art. 37 LFINMA et entraîne la liquidation. Si un événement *trigger* de tier 1 survient, cela entraîne la réduction intégrale des créances ou la conversion intégrale en capital propre statutaire. Si la conversion est prévue dans le contrat, l'entreprise d'assurance doit garantir au préalable que les actions à disposition sont suffisantes pour la conversion.

En cas de graves problèmes de liquidités, l'ajournement prévu au ch. 1 garantit qu'aucun paiement ne sera effectué pour ces instruments. Si, lorsque des raisons sérieuses d'admettre que l'entreprise d'assurance est surendettée existent, la conversion ou la réduction de la créance échoue contre toute attente pour des instruments de tier 1, l'effet amortisseur de risque du tier 2 au moins s'applique. Ce mécanisme est assuré de deux manières: d'une part, les créances issues d'instruments du tier 1 sont ajournées dans tous les cas pour autant que des raisons sérieuses d'admettre que l'entreprise d'assurance est surendettée existent. De l'autre, les conditions fixées à l'art. 51a, al. 4, LSA doivent être remplies. Dans le présent cas de figure, l'effet amortisseur de risque des instruments du tier 2 doit également permettre de couvrir d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts ou d'autres prétentions découlant d'instruments de tier 1.

Il est clair, en outre, qu'une conversion des créances en capital propre statutaire n'est possible que pour les entreprises d'assurance qui prennent la forme d'une société anonyme. La notion de «capital propre statutaire» désigne, comme dans le droit en vigueur (art. 22a, al. 1, let. c, OS), le capital-actions et le capital-participation au sens du CO.

– Ch. 3

En principe, il incombe aux entreprises d'assurance d'activer elles-mêmes les éléments amortisseurs de risque. Le contrat peut préciser les modalités de preuve de survenance d'un événement *trigger*. En particulier, si cette preuve devait être retardée en l'espèce, la FINMA doit pouvoir établir définitivement la survenance d'un *trigger* vis-à-vis de l'entreprise d'assurance. Le contrat doit prévoir ce cas de figure.

Ch. 4

Enfin, les créanciers doivent reconnaître par contrat que la FINMA peut ordonner des mesures en cas de risque d'insolvabilité (cf. art. 51a LSA). Parmi ces mesures figurent notamment la conversion, la réduction de la créance, l'ajournement du paiement, la résiliation de contrats, ou l'octroi d'un sursis et la prorogation des échéances. Cette disposition s'applique tant aux instruments de tier 1 que de tier 2. La reconnaissance formelle de ces possibilités légales réduit le risque de recours aux mesures prévues aux ch. 1 et 2, notamment s'agissant des émissions en lien avec l'étranger. La disposition renforce ainsi la capacité des entreprises d'assurance à émettre des instruments à l'étranger malgré le droit national ou le principe de territorialité.

Let. d

La let. d est mieux rédigée et plus claire dans la mesure où elle précise que l'élément décisif n'est pas l'initiative consistant à rembourser par anticipation la créance en capital, mais l'accord de l'entreprise d'assurance. La notion imprécise de détenteur est supprimée. Sur le fond, la teneur reste inchangée par rapport à la réglementation actuelle.

Let. e

La let. e est nouvelle. Le contrat devra indiquer que le remboursement d'un instrument de capital amortisseur de risque de durée limitée n'est autorisé que si ce remboursement ne fait pas tomber le quotient SST en dessous du seuil de 100 % ou n'entraîne pas un risque d'insolvabilité, ou si l'instrument est remplacé par un instrument de valeur équivalente ou supérieure. La notion de valeur équivalente ou supérieure renvoie non seulement à la qualité de l'instrument, mais aussi à l'effet en montant dans le SST. La let. e correspond à la pratique actuelle et vise à clarifier et à souligner ce principe central.

Al. 2

L'al. 2 admet les clauses contractuelles qui autorisent les créanciers obligataires d'instruments du tier 1 à participer, après amortissement ou conversion, à l'éventuel rétablissement ultérieur de la santé financière de l'entreprise d'assurance. Ce mécanisme trouve son champ d'application dans la phase dite de récupération (*recovery phase*), toujours hors tout risque d'insolvabilité. Si, par exemple, le quotient SST tombe en dessous du seuil de 80 % et qu'il s'ensuit un amortissement ou une conversion, les créanciers obligataires peuvent participer à l'éventuelle amélioration ultérieure de la situation financière de l'entreprise d'assurance pour autant qu'un droit correspondant ait été prévu dans les conditions d'émission. Le SST de l'entreprise d'assurance à la date ultérieure correspondante doit aussi être respecté après le paiement d'un tel montant, autrement dit le quotient SST doit se situer à 100 % au minimum. Si un risque d'insolvabilité apparaît avant ou après que le quotient SST tombe en dessous du seuil de 80 %, un tel droit est alors exclu dans tous les cas. En d'autres termes, toute participation est exclue dès lors que l'amortissement ou la transformation est dictée par la réalisation d'un risque d'insolvabilité.

Al. 3

Les instruments de capital amortisseurs de risque du tier 2 pourront contenir une incitation modérée au remboursement de l'instrument dès lors que cette incitation ne produira pas d'effet avant l'expiration de dix années à compter de la date d'émission. Ceci correspond à la pratique actuelle et offre plus de flexibilité dans la conception du contrat, sans pour autant nuire au caractère de l'instrument en soi.

Al. 4

Le principe selon lequel aucun mécanisme ne doit entraver notablement l'effet amortisseur des instruments de capital amortisseurs de risque reflète la pratique actuelle et revêt une grande importance au vu notamment de la complexité des cas de figure existants et potentiels dans la pratique. En effet, il n'est notamment pas possible de prévoir ou d'énumérer de manière exhaustive tous les cas de figure ou tous les mécanismes susceptibles de constituer une entrave notable. L'inscription de ce principe dans l'ordonnance permet d'éviter une énumération plus précise qui limiterait inutilement la branche de l'assurance dans la structuration de ses produits. Les différentes entreprises doivent disposer d'une liberté aussi grande que possible en matière de contenu et doivent avoir la possibilité de concevoir des instruments de capital répondant à leurs propres besoins. Le but de cette disposition n'est donc pas d'outrepasser les exigences explicites mentionnées dans l'article, mais de couvrir les cas où, malgré le respect formel des exigences explicites, l'effet amortisseur de risques requis par la norme se trouve notablement entravé. Par exemple, des garanties inadéquates données aux créanciers, entre autres, peuvent avoir pour effet de vider de sa substance, du point de vue économique, un instrument de capital amortisseur de risque. Cela est particulièrement vrai s'il fallait payer, au titre de «dommages-intérêts et/ou de correction rétroactive» ce qui, de par la nature de l'instrument, ne peut pas être payé. Les éventuelles banques de transaction, dans la mesure où elles restent créancières des instruments de capital amortisseurs de risque, ne doivent par exemple pas disposer, dans leur position de créancières, de droits excessifs par rapport aux autres créanciers si ces droits étaient incompatibles avec le présent article. Il serait toutefois présomptueux ou inapproprié de réglementer strictement les garanties qui peuvent être

données aux banques de transaction par exemple. À titre d'exemple, on peut également penser aux garanties qui doivent être fournies par une entreprise dans laquelle l'entreprise d'assurance détient une participation, ce qui peut potentiellement entraver notablement l'instrument d'un point de vue économique.

Il convient d'user de prudence dans l'invocation ou l'application de l'al. 4. Dans la pratique, les émissions courantes sur le marché des capitaux, à l'étranger également, sont notamment assorties de risques qu'il est difficile d'éviter. Ce n'est que si ces risques entravent notablement l'effet amortisseur de risque que l'exigence de l'al. 4 n'est plus satisfaite. Les transactions complexes, qui comportent certains risques inhérents (p. ex. risques de responsabilité en matière de prospectus), sont en principe admises tant que le degré de risque associé n'est pas susceptible d'entraver notablement l'effet amortisseur de risque de l'instrument de capital. En d'autres termes, l'al. 4 précise, au bénéfice également des entreprises d'assurance, que tous les risques juridiques abstraits ne doivent pas être exclus. Ne doivent être considérés comme inadmissibles que les risques qui présentent un certain degré de sévérité.

Al. 5

L'al. 5 doit être considéré comme un cas d'espèce du principe de base énoncé à l'al. 4. Il règle explicitement les cas dans lesquels une entreprise d'assurance qui souhaite faire imputer au SST un prêt subordonné, souvent interne au groupe, par l'intermédiaire d'un *special purpose vehicle* (SPV) au sens de l'art. 37, remplit également la fonction de garante de l'émission externe correspondante (par le SPV) sur le marché des capitaux. Dans ce cas, le SPV est le donneur de l'instrument de capital amortisseur de risque; il transmet les fonds obtenus à l'entreprise d'assurance sous la forme d'un prêt subordonné. L'entreprise d'assurance fournit une garantie en faveur du donneur pour l'émission externe sur le marché des capitaux. Dans ce cas de figure, l'entreprise d'assurance joue ainsi un double rôle en tant que garante pour l'émission externe sur le marché des capitaux d'une part, et en tant que contractante du prêt de l'autre.

En pareil cas, la garantie donnée par l'entreprise d'assurance (let. a) doit, par analogie, remplir les conditions énoncées aux al. 1 et 2 du présent article concernant l'entreprise d'assurance garante.

Selon la let. b, il doit être garanti de manière adéquate que les créances sur l'entreprise d'assurance qui sont liées à la garantie ne sont pas non plus prises en compte lors de la détermination du surendettement de l'entreprise d'assurance. Cela suppose des dispositions contractuelles en ce sens.

Selon la let. c, les éventuels risques de doubles paiements doivent être limités de manière appropriée. Il convient notamment d'éviter que l'entreprise d'assurance doive payer non seulement la créance découlant de la garantie, mais également l'instrument de capital amortisseur de risque imputé.

Al. 6 et 7

Afin de garantir la sécurité juridique, il est précisé que la non-prise en compte de l'instrument de capital amortisseur de risque lors de la constatation du surendettement au sens de l'art. 51a, al. 4, LSA – correspondant aux formes d'émission répandues dans la pratique – inclut également les créances découlant de garanties. Les exigences relatives au respect par analogie de l'art. 51a, al. 4, let. a à c, LSA ne doivent pas être élevées dans ce contexte, car une garantie ne peut pas être assimilée juridiquement à une créance provenant d'un prêt ou à un emprunt (par ex. un garant peut ne promettre que des dommages-intérêts) et car le garant n'est pas nécessairement une entreprise d'assurance suisse soumise au SST solo.

Il convient de préciser que l'al. 6 ne fixe pas de condition d'imputation; il s'agit plutôt d'une clarification de l'art. 51a, al. 4 LSA relatif à la non-prise en compte des créances lors de la constatation du surendettement. Les garants étrangers ne sont pas exclus du champ d'application des al. 6 et 7; les garanties étrangères ne doivent toutefois pas entraver notablement l'effet des instruments de capital amortisseur de risque au sens de l'al. 4.

Al. 8

L'al. 8 correspond à l'actuel art. 22a, al. 2, OS.

Art. 38 Échéance

L'art. 38 résulte de l'art. 49 OS actuel, mais il y est question des instruments de capital amortisseurs de risque des tiers 1 et 2 et non du capital complémentaire supérieur et du capital complémentaire inférieur. Étant donné que la durée définie par le nouvel art. 37 P-OS n'est en l'occurrence plus le seul critère de distinction, les instruments du tier 2 qui n'ont pas d'échéance fixe de remboursement sont aussi envisageables. Ce point est précisé à l'al. 2, qui constitue une adaptation par rapport à l'art. 49 actuel.

Les limites de prise en compte actuelles sont supprimées. L'art. 49, al. 3, let. b, devient caduc en raison de l'art. 37, al. 1, let. d, P-OS. L'art. 49, al. 3, let. a, OS actuel est remplacé par l'art. 34 P-OS.

Titre précédant l'art. 39

Chapitre 6 Quotient SST et détermination du SST

Art. 39 Quotient SST

L'art. 39 introduit dans l'OS la notion de quotient SST qui figure dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 62, compte tenu de son importance et l'adapte aux nouvelles définitions du capital porteur de risque et du capital cible. Cette adaptation va de pair avec les dispositions également reprises dans l'OS concernant les seuils d'intervention.

Si le capital cible est négatif, aucun quotient SST ne pourra être comptabilisé, car celui-ci serait négatif en cas de capital porteur de risque positif et ne pourrait être distingué du cas d'un capital cible positif et d'un capital porteur de risque négatif, même si la différence entre les situations à risque SST est très claire.

Art. 40 Détermination du SST

L'art. 40 correspond en grande partie à l'art. 46a actuel. Les al. 2 à 5 correspondent à l'art. 46, al. 2, 3 et 5, actuel; l'art. 46, al. 4, actuel est supprimé, car sa teneur est couverte par l'art. 32, al. 5, P-OS. Les al. 2 à 5 se réfèrent aux instruments de transfert de capital et de risque. Ceux-ci peuvent être divisés en couvertures de réassurance et de rétrocession, instruments de capital amortisseurs de risque (typiquement du côté passif) et autres instruments de transfert de capital et de risque, notamment les garanties reçues (typiquement du côté actif).

Al. 1

Cette disposition introductive est reprise de la circulaire FINMA 2017/3, cm 6, et est placée au niveau correct de l'ordonnance. Les risques déterminants auxquels sont exposées les entreprises d'assurance sont les risques d'assurance, les risques de marché et les risques de crédit (art. 9a, al. 3, LSA). Le Conseil fédéral peut déclarer déterminantes d'autres catégories de risque et la FINMA ordonner la prise en compte d'autres catégories de risque (art. 9b, al. 2, LSA). On entend par catégories de risque les risques déterminants auxquels sont exposées les entreprises d'assurance. Ces risques agissent notamment sur les positions du bilan SST de l'entreprise d'assurance. Sont en particulier incluses les positions mentionnées à l'art. 46, al. 1, actuel, à savoir les garanties et les options intégrées dans les contrats d'assurance ainsi que les autres garanties octroyées par l'entreprise d'assurance, de même que les engagements conditionnels.

Al. 2

L'al. 2 est une version légèrement raccourcie de l'art. 46, al. 2, actuel et renvoie à l'al. 3, qui est aussi déterminant pour la réassurance et la rétrocession de risques. Il convient évidemment de respecter, dans ce cadre, le principe de l'importance.

Al. 3

L'al. 3 correspond au droit actuel (art. 46, al. 3). Il formule les exigences concernant le contenu et la modélisation, applicables aux seuls autres instruments de transfert de capital et de risque (en particulier les garanties reçues). Pour les instruments de capital amortisseurs de risque, l'al. 4 renvoie à l'al. 3.

- La let. a est un élément de la circulaire FINMA 2017/3, cm 64, repris au niveau correct de l'ordonnance. Les termes «juridiquement contraignants» et «applicables» sont à comprendre dans le sens que le contrat constitue un acte juridique ayant force obligatoire et dans le sens – illustré par le cas de la garantie – que le contrat est aussi effectivement exécuté par le bénéficiaire de la garantie et que le garant paie effectivement la garantie. Si tel n'était pas le cas, on serait alors clairement en présence d'un abus. L'instrument aurait alors été considéré à tort comme diminuant le capital cible, ce qui entraînerait en particulier des conséquences en droit de la surveillance.
- La let. b correspond au droit actuel (art. 46, al. 3, let. a), à l'exception des modifications mineures apportées.
- La let. c remplace l'actuel art. 46, al. 3, let. b, complété par des éléments tirés de la circulaire FINMA 2017/3, cm 65. Les interactions visées peuvent avoir un effet sur le risque de défaillance des contreparties et devront donc en principe être prises en compte dans la modélisation. Ce point est aussi déterminant pour les couvertures de réassurance et de rétrocession. Dans le cas de telles interactions, on dispose typiquement aussi de données et d'informations détaillées pour la modélisation.
- La let. d reprend la circulaire FINMA 2017/3, cm 69, au niveau correct de l'ordonnance. Il y est question des droits d'option des entreprises d'assurance qui sont convenus dans les contrats portant sur les instruments de transfert de capital et de risque. Bien qu'ils ne constituent pas un élément fondamental de ces instruments, les droits d'option sont tout à fait possibles. Leur exercice effectif relève généralement – dès la fin de la modélisation SST – de la libre appréciation de l'entreprise d'assurance, qui peut ainsi en principe toujours faire un choix s'écartant de la modélisation. La surveillance ne peut évaluer à l'avance si les hypothèses concernant l'exercice sont réalistes. Afin d'éviter une inégalité de traitement et de réduire le potentiel d'abus, il sera par conséquent exigé que l'exercice modélisé de ces droits d'option soit le moins favorable pour le SST. Cette approche est nettement moins interventionniste que l'alternative consistant à interdire par principe les droits d'option. Il sera possible d'éviter la modélisation prescrite en formulant des événements *triggers* dans le contrat sans de tels droits d'option.
- La let. e reprend la circulaire FINMA 2017/3, cm 70, et la place au niveau de l'ordonnance. Il y est question des contrats juridiquement contraignants et applicables portant sur des instruments de transfert de capital et de risque pris en compte avec leur effet réducteur du capital cible dans la modélisation SST à la date de référence, mais qui sont par la suite annulés ou adaptés aux conditions. Les hypothèses adoptées dans la modélisation SST n'étant alors plus correctes, l'annulation ou l'adaptation des contrats ne sont possibles qu'avec l'approbation préalable de la FINMA.
- La let. f prend comme point de départ l'expérience acquise en matière de surveillance selon laquelle, en particulier dans le cas des instruments de transfert de capital et de risque moins courants, qui ne constituent pas des couvertures de réassurance et de rétrocession classiques usuelles, et en fonction de la contrepartie, l'effet réducteur de risque ou de capital de ces instruments n'est pas toujours évident et peut potentiellement fortement varier entre les différentes entreprises d'assurance. Ainsi, par exemple, on peut constater des différences par rapport à la possibilité effective de réalisation des actifs transférés (notamment aussi des participations dans des entreprises d'assurance). Ces restrictions pourraient en principe être comprises dans l'effet, moyennant une conception très générale du risque de défaillance. L'exigence est toutefois formulée de manière explicite à la let. f afin d'augmenter la sécurité juridique et d'éviter les inégalités de traitement dans l'exercice de la surveillance ainsi que les abus. L'effet intégral réducteur

de risque ou de capital n'est généralement pas exigé pour l'imputabilité – ce serait nettement plus interventionniste –, mais il faut que les éventuelles restrictions puissent être identifiées et quantifiées et, le cas échéant, être représentées de manière adéquate.

Al. 4

L'al. 4 correspond au droit actuel (art. 46, al. 5), à l'exception des modifications mineures apportées sur le plan linguistique.

Al. 5

L'al. 5 établit l'applicabilité de l'al. 3 aux instruments de transfert de capital et de risque relevant des dispositions des art. 37 et 38 P-OS.

Art. 41 Hypothèses retenues pour la détermination

L'art. 41 place la circulaire FINMA 2017/3, cm 8 à 12, au niveau correct de l'ordonnance. Il y est question des hypothèses dans lesquelles la détermination SST représenterait le monde réel. La connaissance du monde réel (par ex. la situation de l'entreprise d'assurance en matière de risques) est souvent limitée. Il est donc particulièrement important d'identifier les hypothèses qui seront appliquées explicitement ou implicitement au monde réel dans la modélisation. Si ces hypothèses s'avèrent correctes, on pourra au moins partir du principe que le modèle reflète adéquatement le monde réel, ce qui rend en définitive une modélisation «compréhensible».

Al. 1

Les hypothèses devront autant que possible être réalistes, cohérentes entre elles et sans contradiction avec les données et informations pertinentes. Les éventuelles incertitudes dans les hypothèses devront être indiquées clairement et, dans la mesure où elles sont essentielles, être prises en compte de manière adéquate dans le SST. Cela correspond à la meilleure pratique de modélisation dans le traitement des incertitudes. Aussi aucune modification du SST dans le sens d'une évaluation conservatrice ou d'une modélisation conservatrice selon des hypothèses conservatrices n'est-elle envisagée. Les hypothèses devront continuer à figurer «des valeurs estimatives les plus réalistes possibles»; il en va de même pour les éventuelles hypothèses concernant l'incertitude dans les hypothèses. Eu égard au réalisme de la modélisation, il serait inadéquat d'exiger le respect absolu des exigences, en particulier lors de la prise en compte des incertitudes. Les exigences devront être appliquées le mieux possible.

Al. 2

Les entreprises d'assurance devront pouvoir expliquer leur propre détermination SST de sorte à identifier les hypothèses (principales) sous-jacentes et les éventuelles incohérences entre elles.

Art. 42 Caractère significatif et simplifications

Al. 1

L'al. 1 reprend au niveau correct de l'ordonnance la circulaire FINMA 2017/3, cm 15 et 16 concernant le caractère significatif et les simplifications, et il illustre la pratique en vigueur. Les simplifications, y compris les éléments négligés, seront admises dans la détermination SST dès lors qu'elles n'auront individuellement et globalement aucune incidence significative. À titre d'exemple de simplification, on mentionnera l'évaluation d'une position du bilan selon les normes comptables reconnues lorsque celle-ci s'écarte de la valeur conforme au marché.

Al. 2

Selon la pratique actuelle, une incidence significative peut tenir à des motifs explicitement quantitatifs ou à des motifs qualitatifs. La définition du caractère significatif d'ordre quantitatif reste inchangée et repose, outre sur le basculement au-dessus ou en dessous d'un seuil d'intervention, sur la modification relative du quotient SST d'un pourcentage relatif prédéfini

(où la limite ne s'entend pas en points de pourcentage du quotient SST). Pour le caractère significatif d'ordre qualitatif, c'est la définition usuelle qui est utilisée.

Le caractère significatif d'ordre quantitatif doit en principe être interprété globalement, à savoir sur l'ensemble des simplifications. Il peut en résulter une image confuse, car les incidences découlant de certaines simplifications avec un signe différent ou sur des résultats partiels différents peuvent se compenser mutuellement. En pareille situation, l'incidence sur le quotient SST est potentiellement peu importante au niveau global, mais il peut arriver que les résultats partiels ne soient plus assez fiables. En particulier, des incidences significatives sur le capital porteur de risque et sur le capital cible peuvent se compenser de telle sorte que même le niveau du capital porteur de risque comptabilisé et du capital cible n'est plus fiable. Le cas échéant, il faudra alors se référer à la let. b.

Art. 43 Scénarios

L'art. 43 résume le droit actuel (art. 42, al. 1, 44 et 45). Pour figurer la pratique en vigueur concernant les scénarios, la circulaire FINMA 2017/3, cm 71 à 75, est reprise au niveau correct de l'ordonnance. En cohérence avec la pratique actuelle en matière de surveillance, les règles relatives aux scénarios sont exposées de manière plus compacte. L'importance de ceux-ci pour le SST s'en trouve amoindrie dans la mesure où ils ne constituent plus de manière générale, avec le modèle, une composante du SST qui doit absolument être agrégée pour le capital cible. Aussi la pratique établie ces dernières années, qui ne repose plus sur une obligation d'agrégation générale, est-elle inscrite dans l'OS.

Les scénarios sont importants notamment en lien avec la couverture des risques encourus selon le modèle appliqué en cas de concentrations de risques. Si la couverture des risques encourus à l'aide du modèle utilisé est insuffisante, l'agrégation de scénarios pourrait par exemple constituer une solution transitoire simple en attendant l'adaptation du modèle. Les modèles standard ne permettent pas toujours aux entreprises d'assurance de couvrir les concentrations de risques dans une mesure suffisante.

Al. 1

L'al. 1 correspond au droit actuel (art. 44, al. 1), même s'il établit clairement que les scénarios prédéterminés n'ont pas nécessairement de répercussions sur toutes les entreprises d'assurance, mais uniquement sur certaines d'entre elles (par ex. les assureurs dommages).

Al. 2

L'al. 2 correspond au droit actuel (art. 44, al. 3). Il est adapté à la pratique actuelle voulant que la modification des scénarios prédéterminés dans les situations de risques particulières ne requiert aucune demande préalable.

Al. 3

L'al. 3 correspond au droit actuel (art. 44, al. 2) avec, en sus, une mise au niveau correct de l'ordonnance de la circulaire FINMA 2017/3, cm 72. La définition de scénarios est maintenue, en plus du modèle, et ceux-ci peuvent en particulier servir à vérifier la couverture par le modèle des risques encourus. Sont importants à cet égard, comme éléments de la situation de risque, en particulier les événements extrêmes, portant également sur plusieurs catégories de risques, ainsi que les concentrations de risques.

Al. 4

L'al. 4 place la circulaire FINMA 2017/3, cm 75, au niveau correct de l'ordonnance.

Al. 5

L'al. 5 transpose partiellement dans l'ordonnance les cm 73 et 74 de la circulaire FINMA 2017/3, en soulignant notamment l'un des buts d'utilisation des scénarios, qui est de fournir des informations utiles sur les risques encourus.

Al. 6 et 7

Les al. 6 et 7 transposent (partiellement) la circulaire FINMA 2017/3, cm 74, au niveau correct de l'ordonnance, et exigent que soient pris en compte dans le capital cible les scénarios (et donc la situation de risque) qui ne sont pas suffisamment reflétés par le modèle. Peuvent être prises en compte notamment l'agrégation, l'adaptation du modèle ou des augmentations du capital cible. Il revient à la FINMA d'établir aussi bien les règles générales ou les principes (par ex. méthode d'agrégation) que la prise en considération dans le cas d'espèce particulier visé à l'al. 6.

Si une agrégation de scénarios s'avère à nouveau nécessaire à la suite de nouvelles informations ou d'un changement des conditions, la FINMA ne pourra l'introduire que si elle est justifiée, en suivant les processus adéquats et en respectant les droits de participation des entreprises d'assurance.

Titre précédant l'art. 44

Chapitre 7 Modèles

Art. 44 Principe

Les art. 44 à 47 P-OS règlent l'application de modèles standards et internes. Ils correspondent aux art. 50a à 50d actuels à quelques adaptations formelles près.

Art. 45 Modèles standard

Les al. 1 à 3 apportent quelques précisions d'ordre linguistique.

L'al. 4 est nouveau et traduit la pratique actuelle selon laquelle la modélisation du risque de crédit des hypothèques dans le modèle standard SST doit s'appuyer sur les prescriptions régissant l'approche standard internationale (AS-BRI) de l'ordonnance du 1^{er} juin 2012 sur les fonds propres²³. La disposition se réfère pour l'instant essentiellement aux hypothèques suisses.

Art. 46 Modèle interne ou adaptation d'un modèle standard

L'art. 46 reprend sur le fond l'art. 50c actuel, tout en mentionnant aussi la possibilité d'une adaptation soumise à autorisation d'un modèle standard. Il fixe ainsi la pratique actuelle concernant les adaptations spécifiques à une entreprise apportées aux modèles standard, telle que déjà inscrite dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 107, y compris les exigences visées aux cm 108 et 109. Les exigences pour les adaptations de modèles standard soumises à autorisation sont en règle générale nettement moindres que pour les modèles internes.

Art. 47 Choix, changement et modification du modèle

L'art. 47 correspond à l'art. 50d actuel et ne modifie en rien la pratique en matière de surveillance.

Al. 1

L'al. 1 précise, de manière cohérente avec la pratique existante, que la FINMA peut également ordonner l'utilisation d'un modèle standard avec des adaptations.

Al. 2

Élaboré en 2016, l'art. 50d, al. 2, qui est repris en l'occurrence, se réfère au passage des modèles internes utilisés par de nombreuses entreprises d'assurance à des modèles standard. Ce changement s'étant effectué, la disposition peut être adaptée en conséquence.

²³ RS 952.03

Titre précédant l'art. 48

Chapitre 8 Fréquence du calcul et du rapport concernant le SST

Art. 48 Fréquence du calcul

L'art. 48 remplace l'art. 51 actuel et est étoffé de deux alinéas qui correspondent à la pratique et qui donnent une image plus complète des cas dans lesquels une détermination SST a lieu. L'al. 3 transpose au niveau correct de l'ordonnance la pratique actuelle décrite dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 186 et 187. L'al. 4 traduit la pratique actuelle selon laquelle, dans le cas des transactions soumises à l'approbation de la FINMA, le processus implique d'effectuer une détermination SST approximative.

Art. 49 Collecte des données

À quelques adaptations d'ordre linguistique près, l'al. 1 est identique à l'art. 52 actuel. L'al. 2 place au niveau correct de l'ordonnance un élément de la circulaire FINMA 2017/3, cm 145.

Art. 50 Rapport SST

L'art. 50 correspond à l'art. 53 actuel, tout en reprenant certains passages de la circulaire FINMA 2017/3, cm 154 à 159. Il est désormais question de rapport SST, notion que l'on retrouve notamment dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 153. L'article offre davantage de flexibilité dans le cas où des modalités autres que le rapport SST devaient être choisies à l'avenir.

Art. 50a Tests de résistance

Exiger des tests de résistance peut s'avérer utile pour la FINMA en tant qu'autorité intégrée chargée d'évaluer la situation de risque de l'ensemble du marché, dans la mesure où elle obtient ainsi une vue générale des principaux établissements financiers de Suisse.

Les tests de résistance permettent aussi d'intensifier le dialogue prudentiel prévisionnel. La FINMA peut discuter des résultats avec la direction des groupes d'assurance et des entreprises d'assurance. Les exigences en matière de capital prévues dans le droit de la surveillance et les conséquences qui en découlent directement restent en phase avec le SST. La FINMA peut thématiser les comparaisons entre les résultats des tests de résistance et l'ORSA en tant qu'instrument déterminant pour la gestion des risques internes.

Les tests prescrits dans le cadre de la surveillance et leur analyse jouent également un rôle de plus en plus important aux niveaux micro- et macroprudentiel dans les standards nationaux, notamment en lien avec l'approche de surveillance évoquée ci-avant. La FINMA peut discuter des résultats des tests de résistance avec les *supervisory colleges* et au sein de groupes de gestion de crise.

Les résultats des tests de résistance ne seront en principe pas publiés, sauf dans les situations extraordinaires où les conditions énoncées à l'art. 22 LFINMA seront remplies et où la FINMA sera légalement tenue d'informer le public.

Titre précédant l'art. 51

Chapitre 9 Mesures et interventions

Remarques préliminaires concernant les art. 51 à 53

En vertu de l'art. 9b, al. 1, let. c, LSA, le Conseil fédéral définit en particulier «les seuils au-dessous desquels la FINMA peut prendre les mesures prévues à l'art. 51». En conséquence, les articles ci-après reprennent les seuils d'intervention définis dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 198 à 220, ainsi que les mesures associées pour les inscrire au niveau correct de l'ordonnance.

Sur la base des expériences tirées de la pratique de surveillance, il a été jugé utile de modifier à certains égards les seuils d'intervention, les délais et les mesures. Le système actuel est plutôt complexe pour permettre une mise en œuvre efficace. Comparativement, le nouveau système sera plus clair, plus simple et mieux adapté aux différentes situations constatées dans la pratique. Il se limite à des prescriptions générales moins condensées et confère simultanément à la FINMA la compétence de s'écarter de ces prescriptions dans des cas justifiés.

Les mesures actuellement appliquées et les plans de mesures approuvés par la FINMA dans le cadre de l'exercice actuel de la surveillance sont pour la plupart aussi compatibles avec le nouveau système.

La pratique de surveillance a montré que les entreprises d'assurance se trouvant en difficulté présentent souvent des contextes très différents. Il est d'ailleurs souvent possible d'appliquer les mesures plus rapidement que dans les délais actuels. Cela peut s'avérer souhaitable pour les entreprises d'assurance dans une perspective de *public disclosure*. Le fait de respecter les délais prolongés actuels sans raison exposerait les assurés inutilement à un niveau de protection trop bas sur une longue période et fragiliserait leur situation pendant ce temps en particulier par rapport à des risques supplémentaires.

Art. 51 Seuils d'intervention

L'art. 51 combine les seuils d'intervention et les zones citées dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 198 à 202 et cm 203. L'al. 1 établit le lien entre la solvabilité selon le SST et les mesures protectrices de la FINMA par le biais des seuils d'intervention. La grandeur de référence pour les seuils d'intervention reste le quotient SST en tant que grandeur relativement simple et facile à déterminer. Pour le lien avec les mesures protectrices de la FINMA au sens de l'art. 51 LSA, l'al. 2 définit deux seuils d'intervention au lieu de trois et par conséquent trois «zones» au lieu de quatre. La zone jaune est nouvellement comprise entre 100 % et 33 %. La zone orange actuelle (comprise entre 80 % et 33 %) disparaît.

Art. 52 Mesures générales

L'art. 52 correspond en partie à la circulaire FINMA 2017/3, cm 204 et 205. Il formule les prescriptions générales applicables aux mesures, qui concernent notamment les paiements de dividendes et les remboursements de capital ainsi que les nouvelles affaires, indépendamment des zones visées à l'art. 51 P-OS.

Al. 1

En dessous de la zone verte, le niveau de protection des assurés fixé par le Conseil fédéral n'est pas respecté. C'est pourquoi les possibilités d'action de l'entreprise d'assurance, notamment les sorties de trésorerie telles que les paiements de dividendes et les remboursements de capital, seront soumises à autorisation si elles auraient pour conséquence d'exclure d'emblée l'entreprise de la zone verte.

Al. 2

Dans la zone jaune, la FINMA pourra appliquer les mesures prévues à l'art. 51 LSA afin de sauvegarder les intérêts des assurés, dans les limites de la proportionnalité et de l'appréciation du cas d'espèce. La mesure pourra consister à suspendre la conclusion de nouvelles affaires. Dans des cas particuliers, pour assurer la protection des assurés, il sera parfois aussi nécessaire de prescrire la liquidation déjà dans la zone jaune. Les possibilités de transférer le portefeuille devront être exploitées en temps voulu.

Al. 3

Les entreprises d'assurance dans la zone rouge pourront au besoin prendre des mesures immédiates, telles que l'augmentation du capital ou l'adaptation de la planification des affaires, qui leur permettront rapidement et clairement de quitter la zone rouge. Le cas échéant, les mesures correspondant à cette zone ne seront plus applicables. Sinon, le fait de rester dans la zone rouge n'entraînera plus, comme maintenant, de manière presque automatique le retrait

de l'agrément et la liquidation de l'entreprise d'assurance au sens de l'art. 52 LSA, mais impliquera généralement la suspension de la conclusion de nouvelles affaires et la liquidation. L'objectif est de protéger les prétentions des assurés en ordonnant la liquidation du portefeuille d'assurance existant. Ainsi, le portefeuille du contrat d'assurance sera préservé et la prestation promise assurée dans la mesure du possible

Al. 4

Si les conditions énoncées à l'art. 37 LFINMA sont remplies, la FINMA pourra toujours retirer leur agrément aux entreprises d'assurance qui se trouvent dans la zone rouge, en particulier en cas de violation grave des prescriptions en matière de solvabilité. Dans ce cadre, il s'agira d'examiner dans quelle mesure les intérêts des assurés seront mieux pris en compte par la liquidation ou par la poursuite des activités de l'entreprise d'assurance. Pour être complet, on notera encore que le retrait de l'agrément en tant que mesure reste bien entendu aussi réservé dans d'autres situations, toujours en considération des seuils d'intervention visés à l'art. 37 LFINMA.

Les entreprises d'assurance ne doivent pas être incitées à tort à tomber dans la zone rouge faute de conséquences substantielles, car la sécurité des assurés est sérieusement compromise dans cette situation. L'absence de répercussions appropriées pourrait conduire notamment à des abus et à des distorsions de concurrence en défaveur des concurrents qui maintiennent le niveau de protection fixé par le Conseil fédéral.

Al. 5

La FINMA se voit conférer en l'occurrence la compétence de déroger, dans des cas justifiés, aux dispositions de l'al. 3. Cela permettra notamment d'intervenir plus précisément sur le niveau de protection effectif dans des cas concrets et sur la disponibilité et l'efficacité des mesures visant, par exemple, à augmenter le capital. L'expérience en matière de surveillance a montré que la disponibilité, l'effet et la pertinence des mesures concrètes peuvent fortement varier d'une entreprise à l'autre en fonction de chaque situation.

Art. 53 Plan de mesures

L'art. 53 spécifie le plan de mesures que les entreprises d'assurance se trouvant dans la zone jaune devront établir et respecter (ce point figure actuellement dans la circulaire FINMA 2017/3, cm 206 à 218).

Al. 1

Comme actuellement, il reviendra à l'entreprise d'assurance d'établir le plan de mesures et de le soumettre à la FINMA pour approbation. Les entreprises d'assurance disposant de plans de stabilisation établis au préalable conformément à l'art. 22a LSA, sur la base desquels elles-mêmes et la FINMA sont préparées à des situations de crise du point de vue technique, procédural et communicationnel en fonction de scénarios hypothétiques et déterminants individuellement, devront réévaluer ces plans lors de la mise au point de plans de mesures.

Al. 2

Dans la zone jaune, le but est qu'il y ait une probabilité élevée de retour dans la zone verte dans un certain délai. Étant donné que les assurés durant ce temps ne sont pas protégés avec le niveau de protection effectivement exigé et peuvent justement durant cette période être fragilisés par rapport à des risques supplémentaires, ce délai ne pourra être plus long que nécessaire.

La FINMA reçoit la compétence de prolonger le délai de 24 mois. On peut envisager des situations, par exemple lorsque de nombreuses entreprises d'assurance rencontrent des difficultés en même temps, dans lesquelles des délais courts pourraient plutôt péjorer encore les perspectives d'amélioration. Cela peut notamment être le cas lorsqu'il existe sur le moment une incertitude quant à la manière dont la situation va évoluer, à savoir par exemple si des

turbulences sur le marché vont rapidement se résorber ou au contraire se prolonger. Des délais plus longs permettent parfois de réduire la nécessité de mesures à court terme et de s'adapter aux situations changeantes en fonction des informations disponibles.

La prolongation du délai ne saurait toutefois devenir un automatisme. La FINMA doit avoir la compétence de décider de cas en cas si une prolongation a un impact positif sur le relèvement des entreprises d'assurance concernées. Si le procédé devient un automatisme, il pourrait en résulter une mauvaise incitation à anticiper des délais plus longs.

Titre précédant l'art. 53a

Chapitre 10 Autres dispositions

Art. 53a Simplifications

L'art. 53a correspond à l'art. 50e actuel mais explicite le fait que les simplifications ne doivent pas compromettre le respect du niveau de protection, et que celui-ci doit être assuré en dépit des circonstances particulières.

Art. 53b Suppléments et déductions

L'art. 53b correspond à l'art. 50f actuel, mais ajoute que l'agrégation des scénarios pourra aussi être décidée à la place ou en sus des suppléments et des déductions. Cette possibilité résulte indirectement des art. 42, 44 et 45 actuels et directement de la circulaire FINMA 2017/3, cm 74, et correspond à la pratique. En lien avec la couverture d'autres risques, sont en particulier déterminantes les dispositions de l'art. 9b, al. 2, LSA.

(Titre 4 Provisions techniques et fortune liée

Chapitre 1 Provisions techniques

Section 2 Assurance sur la vie)

Art. 62, al. 1

L'art. 16, al. 1, LSA précise que les entreprises d'assurance sont tenues de disposer en tout temps de provisions techniques suffisantes et d'en surveiller en permanence le montant. Ainsi, ces provisions doivent d'une part être disponibles en quantité suffisante, et d'autre part, ne pas être alimentées à l'excès de manière abusive. Si l'entreprise d'assurance constate que les provisions techniques déjà constituées pour une partie du portefeuille d'assurance (portefeuille partiel) pourraient être insuffisantes pour garantir la satisfaction des engagements contractuels avec une marge de sécurité suffisamment importante, la FINMA peut – comme c'est le cas dans le droit actuel – autoriser un plan de renforcement des provisions techniques visant la reconstitution de la marge de sécurité requise. L'art. 62, al. 1, P-OS précise le cadre dans lequel peut intervenir un éventuel plan de renforcement des provisions techniques («plan de financement»).

Des provisions techniques suffisantes se composent d'une estimation «Best Estimate» des engagements issus des contrats d'assurance, c'est-à-dire l'estimation la plus proche possible de la réalité, et d'une marge de sécurité. Cette dernière doit prendre en compte de manière appropriée les incertitudes liées aux hypothèses formulées et à la méthodologie de calcul des provisions techniques. Elle garantit ainsi le respect durable des engagements contractuels avec un niveau de sécurité suffisant. Si les provisions techniques pour un portefeuille partiel sont insuffisantes, la FINMA peut renouveler l'autorisation d'un plan de financement pour seulement cinq ans désormais (contre dix ans dans le droit actuel). Une autorisation nécessite que les provisions techniques constituées pour le portefeuille partiel concerné soient au moins égales à l'estimation «Best Estimate», majorée d'une part non négligeable de la marge de sécurité nécessaire. Dans la mesure où une multitude de portefeuilles partiels peuvent être concernés par différents risques, cette marge de sécurité ne peut pas être définie de manière appropriée sur le plan réglementaire, mais doit donc l'être au cas par cas. Elle garantit qu'au

moins une partie des incertitudes liées aux hypothèses et aux méthodes de calcul des provisions techniques et, partant, le principe de prudence selon l'art. 959 CO, sont pris en compte. En d'autres termes, la condition inscrite au présent alinéa signifie que les plans de financement ne doivent servir qu'à un renforcement de la marge de sécurité.

Titre suivant l'art. 69

Chapitre 2 Principes du placement

Art. 69a

Al. 1

L'al. 1 résume les principes importants en matière de placement qui peuvent être regroupés sous le principe de la prudence (*prudent person principle*). Ces principes mettent pour l'essentiel en œuvre les exigences qui découlent des principes de base du contrôle des assurances (*insurance core principles*²⁴), ch. 15.

Concernant la *let. e*, il convient de signaler en particulier que la question de savoir ce qui correspond à un niveau prudent est déterminée à l'aune des circonstances du cas particulier selon le principe de la prudence entrepreneuriale. Les placements qui ne sont pas négociés sur un marché financier réglementé peuvent certes être appropriés pour couvrir des engagements d'assurance, mais peuvent aussi aller de pair avec des risques supplémentaires. En outre, une vente à court terme peut s'avérer difficile, notamment dans les situations de crise. Une évaluation peut être compliquée et incertaine lorsqu'aucun prix observé ne figure sur un marché réglementé. Les placements étant souvent négociés nettement plus rarement ou uniquement sur des marchés moins profonds, liquides ou transparents, il manque aussi souvent les données fiables sur l'évolution des prix qui permettraient d'évaluer les risques – et même si des données sont disponibles, celles-ci n'englobent pas forcément tout le marché. En l'occurrence, cela dépend en particulier de l'adéquation et de la robustesse de la méthode prévue pour évaluer ou apprécier la solvabilité dans différentes situations possibles. Lors de l'identification et de la surveillance des risques, les risques idiosyncratiques et systémiques méritent également une attention particulière.

Toutes les catégories de placements négociés sur un marché financier réglementé ne sont pas concernées de la même manière. Ainsi, par exemple, un fonds à investisseur unique avec mainmise en tout temps sur les placements individuels sera probablement moins concerné lorsque ceux-ci sont eux-mêmes négociés sur un marché financier réglementé. L'évaluation du niveau de prudence peut aussi prendre en compte la solvabilité solide de l'entreprise d'assurance ou la couverture importante de la fortune liée. Joue aussi un rôle le fait de savoir si les actifs en question font partie de la fortune liée.

Al. 2

Figurent à l'al. 2 les règles particulières applicables aux contrats d'assurance sur la vie où le risque de placement est assumé par le preneur d'assurance. Cette circonstance est à prendre en compte dans les principes de placement. Les règles correspondent largement à celles qui sont couvertes dans l'ordonnance actuelle (art. 81) et dans la circulaire FINMA 2016/5²⁵, cm 99 ss.

Titre précédent l'art. 70

Chapitre 2a Fortune liée

(Section 2 Constitution)

²⁴ Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA), *Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups*, 2011

²⁵ Circulaire FINMA 2016/5 «Directives de placement – assureurs» du 3 décembre 2015

Art. 76 Constitution

Les al. 1 et 2 correspondent largement au droit actuel. L'entreprise d'assurance applique naturellement aussi les principes visés à l'art. 69a P-OS lors de la constitution de la fortune liée.

Art. 76a Biens garantis

Al. 1

Du point de vue économique, le bien et la sûreté constituée pour lui forment une unité qui doit aussi être respectée dans le cadre de l'affectation à la fortune liée. À cet égard, les hypothèques fournissent un exemple parlant dans la pratique. Il convient d'affecter à la fortune liée non seulement la créance hypothécaire de base, mais également la sûreté correspondante (cédule hypothécaire).

Al. 2

Afin de réduire les risques liés à la conservation de la fortune liée, en particulier eu égard à sa destinée différente dans la faillite, il est nécessaire d'opérer une séparation exclusive entre les valeurs des différentes fortunes liées ainsi qu'entre les fortunes libres.

Al. 3

La FINMA pourra régler les détails concernant aussi bien les sûretés que la séparation.

Art. 79 Biens admis

Al. 1

Les prescriptions concernant les biens qui peuvent être affectés à la fortune liée s'alignent sur le principe de la prudence inscrit à l'art. 69a. Il est désormais laissé aux entreprises d'assurance la liberté de définir une liste spécifique de biens appropriés qui devra être approuvée par la FINMA eu égard au respect de la protection des assurés. L'approbation se fera au niveau de la fortune liée; une demande pourra être soumise en même temps pour plusieurs fortunes liées.

En principe, des L-QIF (limited qualified investor funds²⁶) – à ce stade autorisés en Suisse dès la mi-2023 – peuvent être imputés aux fortunes liées des assurances. Il est de la responsabilité de l'assurance d'imputer exclusivement les L-QIF (ou éventuellement les placements de capitaux étrangers comparables) qui remplissent les conditions relatives aux biens admis: si la liste des biens admis est spécifique à l'entreprise, les L-QIF à imputer ne peuvent investir que dans des biens qui figurent sur cette liste. Autrement, le L-QIF ne peut investir que dans des biens mentionnés aux let. a à e. La surveillance de ces fonds est assurée non plus directement par une autorité de surveillance, mais indirectement par un *asset manager* assujéti. Ce dernier doit être surveillé par la FINMA ou par une autorité de surveillance équivalente reconnue par la FINMA. Si des L-QIF sont utilisés dans le domaine des placements alternatifs, ils exigent des investisseurs un niveau élevé de qualification technique leur permettant d'évaluer de manière adéquate les opportunités et les risques d'un investissement, ainsi que les processus correspondants, notamment en matière de diligence raisonnable avant investissement et de surveillance continue du placement. Le DFF envisage d'établir une liste complète de tous les L-QIF se trouvant sur le marché. Pour éviter tout contournement des prescriptions de placement, la FINMA ordonnera un remplacement si une entreprise d'assurance impute des L-QIF qui ne remplissent pas les conditions correspondantes. Lors des placements dans des L-QIF, il s'agit aussi de considérer les risques inhérents à la contrepartie et de respecter les prescriptions correspondantes de la FINMA au sens de l'art. 83, al. 1, P-OS.

La disposition transitoire (art. 216c, al. 2, P-OS) permettra aux entreprises d'assurance de poursuivre leurs activités de placement sans difficulté sur la base des conditions actuelles

²⁶ FF 2021 3000

après l'entrée en vigueur de la révision de l'ordonnance et jusqu'à l'approbation d'une liste spécifique.

Al. 2

Pour les entreprises d'assurance qui renonceront à établir une liste spécifique de biens appropriés, l'al. 2 contient des prescriptions minimales concernant l'affectation de biens à la fortune liée. L'affectation des L-QIF susmentionnés à la fortune liée sera aussi possible, à certaines conditions, pour les entreprises d'assurance qui renonceront à l'option d'une liste spécifique de biens appropriés. Ces dernières devront cependant garantir que les L-QIF investissent exclusivement dans des placements appropriés visés au let. a à e.

La circulaire FINMA 2016/05 impose pour les placements directs en hypothèques des processus spéciaux d'évaluation de la solvabilité et de surveillance des crédits, ainsi qu'une documentation. Ces prescriptions n'étant souvent mises en œuvre que par les grandes entreprises d'assurance et impliquant un niveau de surveillance plus élevé, les hypothèques ne pourront plus être affectées à la fortune liée que dans le cadre d'une liste spécifique approuvée. Dans la pratique actuelle, l'affectation à la fortune liée des produits structurés, des dérivés de crédit et des placements financiers alternatifs tels que les *hedge funds* et la *private equity* est déjà soumise à certaines conditions supplémentaires, et ces biens ne seront à l'avenir plus considérés comme appropriés sans liste spécifique approuvée.

Les dispositions de l'art. 82 OS actuel peuvent être abrogées, car elles sont reprises à la let. f de l'al. 2.

Al. 3

Conformément aux dispositions déjà applicables en droit de la surveillance (circulaire FINMA 2016/5, cm 133 ss, en lien avec l'art. 83 OS) et mises à part quelques exceptions, les placements internes du groupe ne pourront pas être affectés à la fortune liée, car la stabilité de leur valeur en cas de faillite est généralement douteuse (il existe une forte probabilité que les autres sociétés du groupe présentent également des problèmes de solvabilité lorsqu'une entreprise d'assurance au sein d'un groupe tombe en faillite). Pour éviter que la fortune liée ne soit pratiquement dévaluée, ce principe doit continuer de s'appliquer. Toutefois, une libéralisation est indiquée par rapport au cadre réglementaire actuel, selon lequel une dérogation n'est possible que sur la base de certains critères fixés de manière exhaustive: l'al. 3 confère à la FINMA la compétence générale d'autoriser des dérogations si la sécurité de la fortune liée n'est pas compromise (par ex. prêts garantis).

Al. 4

L'élaboration des dispositions techniques plus détaillées concernant les biens admis est déléguée à la FINMA. En effet, les critères permettant de qualifier une solvabilité de suffisante, par exemple, sont complexes. Sont admises en principe les obligations notées «investment grade», même s'il convient de spécifier les exigences relatives à l'application de notations par les agences de notation ainsi qu'aux évaluations de la solvabilité par l'entreprise d'assurance. En outre, la solvabilité des banques pourrait être améliorée par le fait de dépasser les exigences en matière de fonds propres (ratio de levier, RWA) fixées par la réglementation bancaire.

Art. 81 Biens admis pour les assurances sur la vie liées à des participations

Le principe de la congruence de couverture est réglé actuellement à l'art. 81 en lien avec la circulaire FINMA 2016/05, cm 99 ss. Ces prescriptions étant déterminantes indépendamment de la constitution d'une fortune liée, elles se trouveront à l'avenir à l'art. 69a, al. 2, P-OS. Il reste donc en l'occurrence à disposer seulement que les biens prévus dans le cadre de la congruence de couverture valent comme étant appropriés dans chaque cas pour les fortunes liées séparées à constituer en conséquence.

Art. 82

L'art. 82 peut être abrogé. Les prescriptions correspondantes se trouvent désormais à l'art. 79, al. 2, let. f, P-OS.

Art. 83 Limites

Al. 1

La définition des limites par la FINMA correspond pour l'essentiel au régime de surveillance actuel, lequel ne vaut toutefois désormais plus que pour les entreprises d'assurance qui n'ont pas fait usage de la possibilité d'établir leur propre liste de placements appropriés. Il est bien clair que les limites définies par la FINMA ne dispenseront pas l'entreprise d'assurance de l'obligation de respecter les principes généraux de placement et le principe de la prudence.

Al. 2

Les entreprises d'assurance disposant d'une liste approuvée par la FINMA devront tenir compte, au moment de fixer les limites, des principes généraux de placement et plus particulièrement du principe de la prudence.

Al. 3

Les limites supérieures quantitatives maximales correspondent fondamentalement au régime actuel de surveillance et devront être prises en compte par l'entreprise d'assurance dans tous les cas. Leur définition ne dispensera pas l'entreprise d'assurance de déterminer si, dans un cas concret, les principes généraux de placement, notamment le principe de la prudence, exigent une limite inférieure.

Al. 4

L'al. 4 tient compte des particularités qui sont propres aux assurances sur la vie liées à un fonds ou à des portefeuilles de placement internes.

Titre précédant l'art. 84

Section 3 Affectation et contrôle

Art. 84, al. 1

Une décision de la FINMA sur la possibilité d'affecter des biens à la fortune liée conformément à la réglementation en vigueur ne sera pas requise sous le régime du principe de la prudence entrepreneuriale. Il incombera de manière générale à l'entreprise d'assurance de respecter les règles concernant les biens appropriés visés à l'art. 79 P-OS. Si les biens affectés ne sont pas appropriés, la FINMA pourra ordonner leur remplacement. Un bien est inapproprié si la stabilité de sa valeur est mise en doute en cas de réalisation ou si le transfert n'est pas garanti dans le cadre d'un transfert de portefeuille et que le bien ne peut dès lors assumer sa fonction en tant que partie de la fortune liée pour des raisons juridiques et objectives. Ne seront pas appropriés en ce sens, notamment:

- les biens insaisissables;
- les biens dont la réalisation est restreinte par des normes de droit privé ou public suisse ou étranger;
- les marchandises périssables;
- les biens dont les coûts de réalisation sont disproportionnés par rapport au bénéfice potentiel de l'opération.

Comme l'ordonnance l'exige déjà, les biens devront être libres de tout engagement. Les al. 2 et 3 actuels doivent en conséquence rester applicables. La FINMA continuera de contrôler une fois par an (en vertu de l'art. 85 actuel) le calcul de la fortune liée ou le respect des prescrip-

tions légales en matière de surveillance. Dans ce cadre, la FINMA ne statue pas sur l'admissibilité des biens, mais contrôle que l'entreprise d'assurance respecte les prescriptions concernant l'adéquation des biens.

Art. 87, al. 2 et 3

La possibilité actuelle de conservation par des tiers est maintenue à l'al. 2 avec les conditions requises et moyennant des précisions minimales reprises de l'al. 3 actuel. Il est clair que le respect des conditions énoncées aux let. a et b ne dispensera pas les entreprises d'assurance de respecter le principe de la prudence et les autres prescriptions applicables.

L'al. 3 actuel est obsolète puisque son contenu est repris à l'al. 2, let. b, P-OS. On laissera aux entreprises d'assurance le choix pour des raisons d'efficacité de confier la conservation de papiers-valeurs à des tiers. Pour les papiers-valeurs étrangers, la plupart des chaînes de garde suisses s'étendent inévitablement à l'étranger. La question de savoir si, en cas de conservation par des tiers à l'étranger, la primauté de la fortune liée au sens du droit suisse restera garantie aussi en cas de faillite dépendra du régime juridique étranger.

(Section 4 Évaluation des biens)

Art. 90, al. 2

Actuellement, la FINMA fixe la valeur d'affectation pour les sociétés immobilières dont plus de 50 % sont détenus par l'entreprise d'assurance. Cette démarche n'est toutefois plus nécessaire sous le régime du principe de la prudence, de sorte que l'on peut renoncer à l'al. 2 et modifier le titre de l'article en conséquence. La FINMA reste habilitée à contrôler sur le plan prudentiel si les sociétés immobilières concernées sont affectées correctement et à exiger des corrections si nécessaire.

Art. 91 Instruments financiers dérivés

Al. 1

Le renvoi à l'actuel art. 79, al. 1, let. c, OS est supprimé.

Al. 2

Actuellement, la FINMA détermine la valeur d'affectation pour les instruments dérivés qui servent à préparer des acquisitions, à augmenter le revenu ou à garantir des flux de paiement découlant des obligations techniques. Là également, cette démarche n'est plus nécessaire sous le régime du principe de la prudence. La FINMA pourra cependant toujours contrôler du point de vue prudentiel si les instruments financiers concernés sont affectés correctement et exiger des corrections si nécessaire.

Art. 91a Valeur d'affectation des biens garantis

Compte tenu des dispositions libérales de placement, il est aujourd'hui nécessaire de régler non seulement les instruments dérivés, mais aussi le traitement des sûretés, qu'elles soient constituées ou obtenues. Sont à mentionner en particulier, outre les instruments dérivés, les opérations de mise ou de prise en pension (*repo*, *reverse repo*) ainsi que le prêt de valeurs mobilières (*securities lending*).

Pour le traitement des sûretés reçues, on trouve pour l'instant des règles dispersées dans la circulaire FINMA 2016/5, lesquelles imposent par exemple que les opérations sur dérivés pré-supposent l'existence d'une garantie et que des sûretés reçues soient affectées à la fortune liée, mais pas imputées. Des règles analogues existent également pour les opérations de mise ou de prise en pension et le prêt de valeurs mobilières.

Les règles particulières de ce type pour certaines catégories de placements ne sont plus d'actualité compte tenu du principe de la prudence. Bien au contraire, il convient d'adopter une

réglementation intégrale pour le traitement des sûretés reçues. Afin de tenir compte du risque de réduction soudaine de la couverture en fonction de l'évolution des affaires, les biens garantis de manière usuelle tels que les dérivés ne peuvent être affectés à la valeur de marché intégrale que si le dérivé est intégralement garanti. À défaut, l'affectation à la valeur de la sûreté reçue est limitée; dans le cas également d'une garantie excessive, il convient de limiter l'affectation visée à l'art. 93 OS à la valeur de marché du dérivé sous-jacent. Par analogie, dans le cas des *repos*, la prise en compte est limitée au minimum découlant de la valeur des liquidités reçues et de la valeur d'affectation des papiers-valeurs sous-jacents. Cela correspond à la pratique actuelle et constitue une libéralisation par rapport à la couverture intégrale, car l'affectation d'une partie seulement des biens garantis est aussi possible si l'affectation est réduite en conséquence. Cependant, il convient de retenir que la garantie intégrale correspond souvent à la pratique du marché et ressort même d'autres réglementations (par ex. loi du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers²⁷). Lorsque ce n'est pas le cas, les principes généraux de placement font que la sécurité et la qualité sont garanties par une garantie correspondant aux usages du marché.

À l'inverse, lorsqu'une sûreté est constituée par prélèvement d'un bien sur la fortune liée, les conventions prévoient généralement qu'il n'existe aucun droit à restitution sur ce bien pour les dépôts supplémentaires (*variation margin*) dans la faillite (*close-out netting*), et que le dépôt de marge initial (*initial margin*) n'est remboursé qu'à concurrence du montant résiduel après désintéressement des contreparties au dérivé. Les marges constituées servent en premier lieu à désintéresser les contreparties de l'entreprise d'assurance pendant la liquidation des contrats de dérivés en cours. Conformément aux principes applicables (la fortune liée doit être libre de tout engagement), ces biens ne peuvent donc être affectés à la fortune liée. D'autre part, un engagement garanti par les biens affectés à la fortune liée ne doit être pris en compte dans la détermination de la fortune liée que s'il réduit d'autant la fortune liée.

Compte tenu de ce qui précède, les dispositions de l'art. 91a peuvent être abrogées et remplacées par celles commentées ci-après. Il ne s'agit toutefois pas de restreindre le pouvoir de disposer de la fortune liée. Il est entendu que l'entreprise d'assurance pourra en tout temps disposer librement des biens affectés à la fortune liée, dès lors que le débit de celle-ci sera couvert. L'entreprise pourra en particulier également vendre ces biens à des tiers ou les utiliser en tant que sûretés, sachant qu'ils ne seront plus forcément pris en compte lors de la détermination de la valeur d'affectation.

Art. 91b Constitution de sûretés pour les instruments financiers dérivés

Al. 1

Les dépôts supplémentaires devront protéger en priorité les parties à la transaction des risques liés à la variation des prix et devront être effectués en principe a posteriori pour compenser la valeur de marché actuelle des transactions non réalisées. Il s'agit ici clairement de biens grevés qui ne pourront plus être affectés (art. 84, al. 1^{ère} phrase, OS).

Al. 2 et 3

Il faudrait certes, stricto sensu, aussi considérer le dépôt de marge initial comme étant grevé (de gages) et donc ne pas admettre son affectation à la fortune liée (art. 84, al. 2, 1^{re} phrase, OS). Cela ne serait toutefois pas en conformité avec la réalité économique. Il est hautement probable que le dépôt de marge initial, qui vise en priorité à compenser d'éventuelles pertes de valeur à l'issue des transactions, notamment en cas de défaillance d'une contrepartie, ne soit pas du tout, ou du moins, pas intégralement revendiqué. Il apparaît donc adéquat d'admettre l'affectation à titre exceptionnel. Pour en tenir compte de manière appropriée, il est correct d'imposer l'affectation du dépôt de marge initial et le droit à restitution à la fortune liée dès lors qu'il y a affectation.

²⁷ RS 958.1

Art. 92 Placements collectifs

Les renvois à l'art. 82 abrogé ont été supprimés.

Art. 93 Autres biens

Al. 1

De manière générale, le principe de l'évaluation à la valeur de marché vaudra pour tous les placements non soumis à des prescriptions différentes. Ce point est important car l'existence de listes spécifiques de biens admis abolit tout régime exclusif qui serait valable pour toutes les entreprises d'assurance. Étant donné que la détermination de la valeur de marché peut s'avérer difficile car très incertaine, notamment pour les biens très illiquides, il est important que cette incertitude soit prise en compte, par exemple dans le cadre de l'art. 76, al. 1^{bis}.

Al. 2

Dans le cas des biens garantis, il faut veiller à éviter une double affectation. Un éventuel engagement portant sur le rachat des sûretés devra donc être déduit. Cela correspond finalement pour l'essentiel à des règles actuellement éparses (par ex. circulaire FINMA 2016/5, cm 475 et 534) selon lesquelles les sûretés reçues doivent être affectées, mais non pas imputées, à la fortune liée. Ces dispositions avaient rendu la pratique incertaine, surtout pour les liquidités puisque celles-ci n'étaient souvent pas conservées séparément et que la non-affectation était difficile à vérifier notamment lorsque le maintien des sûretés dans la fortune liée était impossible à déterminer.

Al. 4

En raison de la dérogation systémique au principe de l'évaluation à la valeur de marché prévue à l'art. 88, la couverture des bonds aux valeurs de marché peut, par exemple, faire qu'une couverture effectivement souhaitable provoque dans la fortune liée une volatilité que les auteurs de l'ordonnance voulaient justement éviter avec les prescriptions de l'art. 88. C'est pourquoi l'al. 4 est nécessaire; il correspond en fin de compte à la règle actuelle énoncée au cm 387 de la circulaire FINMA 2016/5.

Al. 5

À l'al. 5, il ne s'agit pas d'introduire une nouvelle limite à l'imputabilité ou à l'affectation à la fortune liée, mais uniquement de clarifier le principe directeur applicable.

Art. 95, al. 1 et 2

Al. 1

L'al. 1 peut être abrogé. Actuellement, c'est la FINMA qui statue sur l'évaluation des biens affectés à la fortune liée. Les articles précédents contiennent des prescriptions concernant l'évaluation des différents biens. On pourra donc laisser aux entreprises d'assurance le soin de procéder à cette évaluation dans le respect de ces prescriptions. Une décision de la FINMA ne sera généralement plus nécessaire, d'autant moins que le principe de la prudence s'appliquera.

Al. 2

L'al. 2 correspond à l'adaptation linguistique liée à l'abrogation de l'al. 1. Dans des cas particuliers motivés ou pour des raisons de protection des assurés, la FINMA peut – comme dans le droit actuel –, définir des valeurs d'imputation plus faibles. Ainsi, l'évaluation sur la base de la méthode d'amortissement des coûts prévue à l'art. 88 OS ne serait par exemple plus autorisée dans les cas où un placement a été inscrit au bilan ou amorti à une valeur inférieure dans les comptes annuels en raison d'une dépréciation constatée, et ce pour des raisons de protection des assurés. En revanche, un large catalogue de valeurs d'imputation définies sans nécessité par la FINMA ne serait pas compatible avec le principe de la prudence.

(Titre 5: Autres dispositions pour l'exercice de la surveillance

Chapitre 1: Gestion des risques)

Remarque préliminaire concernant les art. 96 à 98a

Les dispositions concernant la gestion des risques sont révisées pour renforcer la surveillance dans l'intérêt des assurés et à des fins de protection de la fonction, et pour soutenir la place économique. Par ailleurs, il s'agit aussi d'inscrire ce domaine également au niveau réglementaire correct tout en maintenant le niveau de simplicité des nouvelles règles et en réduisant les adaptations au minimum.

Art. 96, al. 1, 2, let. b, d et e, et 4

Al. 1

Les let. a et b restent inchangées sur le fond. En plus d'assurer les autres tâches liées à la maîtrise des risques, l'entreprise d'assurance devra, conformément à la nouvelle let. c, veiller par la gestion des risques à ce que son activité se déroule dans les limites de la capacité à assumer les risques. Cette capacité est le pendant du profil de risque global (art. 96a, al. 1, let. a, OS). Elle représente le degré de risque maximal supportable dans une perspective *going concern* et constitue de ce fait une échelle de référence de la gestion des risques. Si le profil de risque global correspond à la capacité à assumer les risques, il s'agit alors évidemment non pas d'une nouvelle mesure du risque, mais d'éléments complémentaires qui fournissent depuis toujours la base en matière de gestion des risques et qui reposent donc sur la pratique actuelle.

L'évaluation des risques comprend naturellement une forme de notation, également pour les risques qui ne sont traditionnellement pas définis quantitativement. Il convient en particulier de rappeler que le profil de risque global comprend également une agrégation de tous les risques importants, indépendamment du fait que ces risques sont évalués généralement sur le plan quantitatif ou plutôt qualitatif.

Al. 2, let. b, d et e

La let. b introduit la notion de politique en matière de risque en lieu et place de celle de politique de couverture. La gestion des risques concerne en effet non pas uniquement la couverture des risques, mais aussi d'une manière générale le traitement des risques.

La let. d comprend désormais l'ensemble du processus de gestion des risques. Outre le traitement des risques individuels, une attention particulière doit être accordée aux concentrations de risques dans la perspective d'une évaluation globale. La let. d privilégie l'évaluation générale des risques, qui ne sera plus uniquement quantitative et fera appel à des méthodes appropriées combinant les éléments quantitatifs et qualitatifs. La communication sur les risques comprend, d'une part, les rapports formalisés sur les risques (régis jusqu'à présent par la let. e) et, d'autre part, une communication adaptée aux destinataires sur les risques et la gestion des risques au sein de l'entreprise d'assurance, afin d'instaurer une conception commune de la manière de traiter ces derniers (concernant la culture du risque, cf. également l'al. 4 ci-dessous). L'entreprise d'assurance garantit en outre une communication externe appropriée sur les risques importants; elle en détermine elle-même les modalités et les destinataires, dans la mesure où il n'existe pas déjà des directives à ce sujet par ailleurs (par exemple concernant la publication). La let. e peut par conséquent être supprimée.

Al. 4

Dans le cadre de la gestion des risques, l'entreprise devra favoriser une culture du risque visant à une compréhension commune du traitement des risques. L'objectif devra être d'assurer un traitement consciencieux des risques et de garantir que les processus décisionnels tiennent compte d'une appréciation équilibrée des risques.

Art. 96a Évaluation interne des risques et des besoins en capital

Les dispositions concernant l'ORSA de l'art. 96a peuvent être largement conservées. Sur le fond, seules y sont reprises les dispositions à caractère réglementaire de la circulaire FINMA 2016/3 «ORSA»²⁸. Pour être complet, on ajoutera concernant l'al. 1 que l'«évaluation prospective» mentionnée dans la phrase introductive couvrira des aspects aussi bien qualitatifs que quantitatifs. Le mode d'évaluation dépendra des risques. L'évaluation pourra tenir compte des mesures de réduction des risques pour autant que l'effet de réduction puisse être prouvé en conséquence.

Art. 97, al. 2, let. a et c

La let. a modifiée complète la liste figurant à l'al. 2 à des fins d'exhaustivité.

La let. c comporte actuellement la notion de tolérance au risque dans le sens de la capacité à assumer les risques. Cette notion est aussi beaucoup utilisée dans le sens de la propension au risque en guise de mesure pour le risque accepté. Afin de mieux délimiter le propos, il est désormais question de capacité à assumer les risques (cf. également les remarques ci-dessus concernant l'art. 96, al. 1, let. c, P-OS). Cette capacité et la propension au risque sont des éléments essentiels de la politique en matière de risque. La première prescrit le cadre général; la seconde décrit l'appréciation concrète des risques en concordance avec la stratégie opérationnelle et constitue à cet égard un jalon central de la politique en matière de risque. Les deux notions sont usuelles dans les normes internationales. Il est donc question en l'espèce d'une adaptation terminologique.

Art. 98 Risques opérationnels

Al. 1

Les assureurs gèrent tous les risques sous leur propre responsabilité, c'est pourquoi la formulation actuelle peut être remplacée au profit des éléments généraux de la gestion des risques. Une réévaluation devra toujours être effectuée au moins une fois par an et la communication être assurée. Concernant la maîtrise et les exigences en matière de gestion des risques, on se référera aussi aux dispositions générales de l'art. 96. La notion de risques opérationnels s'entend au sens large. Les risques opérationnels majeurs aujourd'hui sont notamment les risques informatiques et les cyberrisques. Dans sa formulation, l'ordonnance s'en tient à cet égard également aux principes. C'est une façon d'englober les évolutions possibles, si d'autres ou de nouveaux risques opérationnels venaient à gagner en importance.

Al. 2

L'al. 2 est repris de l'al. 5 sans changement, le but étant seulement de lui attribuer une position plus adéquate dans la systématique.

Al. 3 et 4

L'entreprise d'assurance doit également analyser des scénarios défavorables (al. 3). Ils se caractérisent par des évolutions désavantageuses qui s'écartent des prévisions et impliquent une évolution moins favorable de l'activité sous l'effet de fluctuations des hypothèses de planification. Dans ce contexte, la réalisation de tests d'exposition aux risques et l'élaboration d'un plan de continuité des activités en cas de situation d'urgence sont des exigences générales qui sont essentielles pour la gestion des risques opérationnels et des risques technologiques, d'autant plus que les risques peuvent se manifester dans tous les domaines et ne peuvent pas être décrits de manière satisfaisante par des modèles. Il est difficile d'évaluer les risques opérationnels en se basant uniquement sur des données statistiques (historiques). Les scénarios constituent à cet égard une procédure fondamentale et courante. Contrairement aux autres risques, il n'est pas difficile de tester l'exposition aux risques opérationnels. Pour les cyberrisques, les tests dits de pénétration, par exemple, sont largement répandus. Cela correspond à la pratique actuelle.

²⁸ Circulaire FINMA 2016/3 «ORSA» du 3 décembre 2015

Art. 98a Exigences en matière de liquidités

Les dispositions concernant les exigences en matière de liquidités peuvent être conservées. Il convient de transposer les dispositions à caractère réglementaire de la circulaire FINMA 2013/5 «Liquidités des assureurs»²⁹. L'art. 98a évoque désormais aussi la planification annuelle des liquidités, laquelle ne figurait jusqu'à présent que dans la circulaire. Les exigences explicites actuelles concernant les transactions hors bilan, les scénarios et les tests de résistance sont définies comme des exigences relevant de la planification des liquidités. L'obligation de rendre compte à la FINMA, visée à l'al. 4, ne figure pour l'instant que dans la circulaire.

Titre précédant l'art. 98b

Chapitre 1a Plans de stabilisation

Remarque préliminaire concernant les art. 98b ss

Les explications concernant les plans de stabilisation auraient mieux leur place sous la gestion des risques (art. 96 ss OS), mais la création d'un chapitre distinct permet d'améliorer la transparence dans la structure de l'ordonnance.

Art. 98b Importance économique

Pour définir l'importance économique, il vaut mieux se référer à des conditions concrètes plutôt qu'à la catégorisation prudentielle de l'entreprise d'assurance. Au niveau international également, les critères concrets non dérivés sont préférables.

Art. 98c Critères justifiant l'établissement d'un plan de stabilisation

L'al. 98c confère à la FINMA une certaine marge d'appréciation pour décider quelles seront les entreprises visées à l'art. 98b P-OS auxquelles elle imposera d'établir un plan de stabilisation. L'ordonnance énumère à cet égard trois critères qui pourront justifier l'établissement d'un plan de stabilisation compte tenu de l'importance de l'entreprise d'assurance pour le secteur suisse de l'assurance ou pour les assurés. La FINMA s'en tiendra, dans sa décision, évidemment aussi au principe de la proportionnalité et fera en l'espèce une pesée des intérêts entre, d'un côté, le sens et le but du plan de stabilisation et, de l'autre, les charges ainsi imposées à l'entreprise d'assurance.

Art. 98d Contenu, établissement et approbation

Al. 1

Pour des raisons de sécurité juridique, il semble indiqué de décrire dans le cadre d'une réglementation fondée sur des principes également les éléments principaux constitutifs du plan de stabilisation. La portée et le degré de détail seront aussi dictés dans les différents cas par le principe de la proportionnalité. Les facteurs déterminants seront certainement le profil de risque et la complexité. La FINMA devra à cet égard avoir un échange individuel avec l'entreprise d'assurance concernée.

Al. 2

Il convient ici de préciser aussi que, dans le cas des groupes, c'est la société mère du groupe qui aura compétence pour adopter le plan de stabilisation valable à l'échelle du groupe (cf. art. 67 LSA).

Al. 3

Si l'entreprise d'assurance ne connaît aucun changement important par rapport à l'année précédente, il lui suffira de compléter son plan de stabilisation par une note correspondante.

²⁹ Circulaire FINMA 2013/5 «Liquidités des assureurs» du 5 décembre 2012

Art. 98e Rapport

Al. 1

Les modifications de l'ordonnance sur la surveillance visent à régler plus précisément, dans le domaine de la gestion des risques, l'obligation d'établir des plans de stabilisation pour les entreprises d'assurance économiquement importantes et pour les structures de groupe ou de conglomérat. La FINMA informera le public de l'état de réalisation des plans, de leur approbation par elle et de leur actualisation régulière. L'information pourra être donnée de manière agrégée pour plusieurs entreprises d'assurance ou individuellement en désignant nommément l'entreprise d'assurance concernée. Dans le cadre d'un rapport individuel, la FINMA informera toujours en temps voulu l'entreprise de la teneur matérielle dudit rapport avant sa publication. Ce point se justifie notamment dans la mesure où le rapport pourrait contenir des indications susceptibles de modifier le cours de l'action ou de porter préjudice à la réputation de l'entreprise.

Le processus de surveillance implique un échange régulier entre la FINMA et les entreprises d'assurance concernées. Aussi ces dernières reçoivent-elles des retours concernant les plans de stabilisation présentés, des demandes de remédier aux défauts dans les plans ainsi que des explications relatives aux informations requises. Fait également partie du processus l'information préalable susmentionnée concernant la publication des rapports individuels dans le cadre de l'ordonnance. Reste inchangé le fait que les entreprises ont l'obligation d'établir des plans de stabilisation et que l'information du public à ce propos dans le cadre de l'ordonnance relève de la seule compétence de la FINMA.

Al. 2

L'al. 2 prévoit que, pour les deux premières années à compter de la naissance de l'obligation d'établir un plan de stabilisation, seul un rapport agrégé sera rédigé. Les groupes et conglomérats d'assurance seront soumis à l'obligation d'établir un plan dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance révisée. Pour les entreprises d'assurance individuelles, l'obligation naîtra dès qu'elles seront individuellement considérées comme importantes économiquement par la FINMA; les nouveaux groupes et conglomérats d'assurance y seront assujettis dès qu'ils seront individuellement assujettis à la surveillance des groupes et conglomérats par la FINMA.

(Chapitre 3 Utilisation d'instruments financiers dérivés)

Art. 100 Principe

Al. 1

L'al. 1 traduit un principe de placement fondamental pour l'utilisation des dérivés qui vaudra indépendamment des règles concernant la fortune liée. Ce principe devra être appliqué en considération des risques élevés liés aux ventes à découvert non couvertes. Pour des raisons liées à la systématique, il est toutefois énoncé à l'art. 69a, al. 1, let. g, P-OS.

Eu égard aux prescriptions en matière de placement, il faut tenir compte lors de l'utilisation de dérivés en lien notamment avec l'obligation de couverture que la plupart d'entre eux sont garantis et qu'une compensation de marge quotidienne est prévue. Une compensation en espèces (*cash settlement*) est souvent aussi possible en lieu et place d'une obligation de livraison, comme d'ailleurs des positions sur dérivés peuvent en tout temps être débouclées en raison des liquidités des marchés correspondants. Dans ces circonstances, exiger une couverture correspondant au volume total de contrats n'est pas nécessaire, voire contreproductif dans les cas par exemple de hedges FX avec des devises courantes. L'entreprise d'assurance doit au contraire pouvoir honorer les éventuels engagements financiers découlant du contrat sur dérivés (en considération de la marge déjà constituée) et disposer pour ce faire des liquidités suffisantes. Il en va de même pour les obligations de livraison, si aucune compensation en espèces n'est prévue. Si des dérivés peuvent être débouclés en raison des liquidités des marchés correspondants, une couverture des engagements financiers à hauteur de la valeur

de marché à laquelle le dérivé peut être conclu au moment voulu est suffisante. Pour les dérivés de gré à gré qui sont de plus conclus sur la base de contrats-cadres standard courants (par ex. ISDA/ISCA CSA) et garantis sur une base nette au cours actuel du marché (*market to market*) avec une obligation de compensation de marge quotidienne, la sûreté déjà constituée peut alors aussi être prise en compte dans la détermination de l'engagement financier restant. En conséquence, il ne reste à couvrir plus que les autres engagements financiers basés sur l'obligation de compensation de marge.

Al. 2

Dans le cas des fortunes liées, il faut éviter de compromettre la sûreté par des dérivés en opérant par exemple une séparation adéquate. En outre, il faut éviter un effet de levier sur la fortune liée. Pour mesurer cet effet de levier, il faut revenir au niveau de réglementation inférieur et se baser sur l'approche Commitment I prévue par l'ordonnance de la FINMA du 27 août 2014 sur les placements collectifs³⁰. Cette référence à l'approche Commitment I n'est pas à comprendre dans le sens d'une limitation à l'utilisation de formes basiques de dérivés, et une compensation (*netting*) de plusieurs dérivés ayant les mêmes sous-jacents (*underlying*) est admise dans le cadre du même contrat-cadre. Eu égard à l'obligation de couverture, on a constaté la nécessité de clarifier l'interprétation pratique de cette notion pour les dérivés déterminants, raison pour laquelle il est proposé de conférer à la FINMA la compétence de régler les détails.

Art. 101 à 108

Les dispositions sur l'utilisation d'instruments financiers dérivés sont désormais couvertes par les principes du placement énoncés à l'art. 69a et peuvent donc être abrogées.

Art. 109 Surveillance

Fondamentalement, comme déjà indiqué, l'utilisation de dérivés est désormais moins détaillée mais davantage fondée sur des principes. C'est pourquoi il est important que la FINMA soit informée en permanence de l'utilisation de dérivés, non pas au niveau de chaque position mais de manière globale. De manière générale, il est prévu à cet égard une information annuelle, mais une actualisation en cours d'année pourra aussi être exigée en cas de changements fondamentaux intervenus dans la stratégie de placement.

(Chapitre 4 Présentation des comptes)

Art. 110, al. 2 et 2^{bis}

L'al. 2 de l'art. 110 est reformulé en raison de la suppression de l'art. 82, al. 2, OS, mais sans changement sur le fond. Afin de renforcer la sécurité juridique, il est précisé que cette exigence essentielle de transparence et d'évaluation individuelle s'applique à tous les fonds à investisseur unique.

Art. 111a, al. 2^{bis} et al. 4 à 7

Les règles relatives au rapport sur la situation financière peuvent être largement conservées. L'adaptation apportée introduit au niveau correct de l'ordonnance des dispositions à caractère réglementaire de la circulaire FINMA 2016/2 «Publication – assureurs (public disclosure)»³¹.

Titre précédant l'art. 111c

Chapitre 4a Entreprises d'assurance assurant des preneurs d'assurance professionnels

³⁰ RS 951.312

³¹ Circulaire FINMA 2016/2 «Publication – assureurs (public disclosure)» du 3 décembre 2015

Art. 111c Preneurs d'assurance professionnels

Al. 1

L'art. 111c décrit plus précisément l'exigence de gestion professionnelle des risques imposée à certains preneurs d'assurance pour leur permettre d'agir en tant que professionnels au sens de la LSA et, ainsi, de remplir l'une des conditions auxquelles une entreprise d'assurance peut se voir libérer de la surveillance au sens de l'art. 30a LSA.

Les risques que doit pouvoir évaluer un preneur d'assurance professionnel concernent d'une part les rapports contractuels comme le prévoit la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)³², auxquels s'ajoutent dans le domaine de la surveillance notamment le risque de contrepartie. Dans la LSA, ce dernier est plus élevé et doit donc pouvoir être évalué plus précisément par le preneur d'assurance, car l'entreprise d'assurance ne doit plus détenir aucune fortune liée soumise à surveillance et la garantie correspondante des prétentions du preneur d'assurance disparaît en cas d'insolvabilité.

On s'est toutefois accordés sur le fait que la ligne de mire de l'évaluation des risques par le preneur d'assurance professionnel ne diffère pas fondamentalement entre les deux lois, mais que le recoupement entre les risques à évaluer était plus large dans la LSA.

Al. 2

Selon l'art. 30b LSA, les conditions que doivent satisfaire les entreprises d'assurances qui assurent des preneurs d'assurance professionnels pour bénéficier d'allègements doivent être satisfaites à la conclusion du contrat, comme c'est le cas des autres conditions d'autorisation relevant du droit de la surveillance. Conformément à la teneur et au but de la LSA, les conditions doivent donc également être remplies au moment du renouvellement ou en cas de modifications importantes du contrat. Ainsi, à chaque moment déterminant de la relation contractuelle, il est garanti, d'une part, que l'entreprise d'assurance bénéficie de plein droit des allègements prévus à l'art. 30a, al. 1, LSA, et de l'autre, que le preneur d'assurance professionnel peut décider, sur un pied d'égalité avec son assureur, s'il souhaite continuer de se passer de la sécurité apportée par une fortune liée notamment. La solution ainsi retenue semble appropriée. Si l'entreprise d'assurance devait contrôler en permanence pendant toute la durée du contrat que son client est bien un preneur d'assurance professionnel, la charge de travail liée à ces contrôles serait disproportionnée. En outre, tout changement abrupt et imprévisible du statut de preneur d'assurance professionnel d'un assuré engendrerait des problèmes d'ordres prudentiel et contractuel indésirables.

Titre précédant l'art. 111d

Chapitre 4b Entités ad hoc d'assurance

Remarque préalable

Les dispositions de la LSA concernant les entités ad hoc d'assurance (art. 30e et 30f) n'ont été reprises dans le projet qu'au cours des débats parlementaires. En conséquence, le message du Conseil fédéral ne contient aucune explication relative à cette forme de transfert de risques. Alors que les entreprises d'assurance directes peuvent assurer directement les risques d'entreprises autres que les entreprises d'assurance, les entités ad hoc d'assurance – à l'instar des réassureurs – assurent uniquement les risques d'entreprises d'assurance par le biais de contrats de transfert de risques. Le risque assuré est ainsi couvert par l'émission d'instruments financiers, par exemple des obligations catastrophe (*cat bonds*), dont les titulaires ont un droit au versement ou au remboursement de rang subordonné par rapport aux engagements de reprise des risques assurés par l'entité ad hoc. Du point de vue économique, les risques passent ainsi au marché financier.

Le Parlement a défini les principales exigences prudentielles applicables aux entités ad hoc d'assurance dans la loi. Les dispositions d'exécution de l'ordonnance doivent en conséquence

³² RS 221.229.1

donner autant de liberté que possible, mais contenir autant de prescriptions que nécessaire pour soutenir la compétitivité et la capacité d'innovation du secteur des assurances, pour garantir la sécurité juridique et pour sauvegarder la réputation de la place financière dans l'intérêt de tous les participants. Outre les dispositions relatives au droit des sociétés dans le CO, la réglementation de l'UE valable pour les sociétés (d'assurance) à but spéciale, notamment le règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission³³ et le règlement d'exécution (UE) 2015/462 de la Commission³⁴, fournit des informations pratiques à ce sujet.

Section 1 Généralités

Art. 111d Applicabilité des dispositions relatives aux entreprises d'assurance

Les entités ad hoc d'assurance ne sont pas des entreprises d'assurance au sens de l'art. 2, al. 1, let. a, LSA, car leur but consiste à transférer les risques (actuariels) au marché financier. C'est pourquoi la loi les désigne désormais spécifiquement comme des entités ad hoc d'assurance et non plus comme des entreprises d'assurance (art. 2, al. 1, let. e, LSA). Vu la caractéristique particulière de ces deux activités, les dispositions concernant la surveillance prudentielle ne sont pas applicables sans distinction à ces entreprises. En conséquence, l'applicabilité des dispositions servant le but de la LSA (art. 1, al. 2) est fonction des risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance en lien avec l'activité des entités ad hoc d'assurance et des abus possibles. Dans ce sens, l'art. 111d P-OS dispose que l'ordonnance ne s'applique à ces dernières que (mais au minimum) par analogie et énumère par avance les dispositions législatives qui sont exclues (comme dans le cas de la réassurance, cf. art. 35 LSA). Outre les dispositions non mentionnées expressément car manifestement non pertinentes ou se rapportant à l'intermédiation en assurance ou à des groupes et conglomérats, ne sont pas applicables en particulier:

- Art. 3 à 13 LSA: les dispositions relatives à l'agrément des entreprises d'assurance (art. 3 à 6 LSA) ne sont pas conçues pour les entités ad hoc d'assurance et donc ne s'y appliquent pas. Cela ne signifie pas pour autant que ces entités ne sont pas soumises à agrément, ce qui ressort déjà du simple fait qu'elles sont soumises à la surveillance (art. 2, al. 1, let. e, LSA). En conséquence, les règles pertinentes pour les entités ad hoc d'assurance se trouvent aux art. 111f à 111h P-OS. Sur le plan matériel, les conditions d'agrément légales (art. 7 à 13 LSA) ne conviennent pas à ces entités. Celles-ci sont soumises aux règles spécifiques de l'ordonnance (art. 111j à 111l P-OS).
- Art. 15 à 20 LSA: ces dispositions visent les entreprises d'assurance étrangères et l'exercice d'une activité en matière d'assurance. Elles ne sont pas adaptées aux entités ad hoc d'assurance, car celles-ci n'exercent pas d'activités directes en matière d'assurance. C'est pourquoi l'ordonnance, au même titre que l'art. 35 LSA pour les sociétés de réassurance (à l'exception de l'art. 16 LSA), ne prévoit pas non plus de réglementation correspondante.
- Art. 23 et 24 LSA: ces articles concernent l'actuaire responsable, lequel n'a aucune fonction dans une entité ad hoc d'assurance et ne nécessite dès lors pas non plus une réglementation.
- Art. 30a à 30d LSA: ces dispositions portent sur les entreprises d'assurance avec preneurs d'assurance professionnels et sur les captives. Il est donc évident qu'elles ne peuvent s'appliquer aux entités ad hoc d'assurance.

³³ Règlement délégué (UE) 2015/35 de la Commission du 10 octobre 2014 complétant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (JO L 12)

³⁴ Règlement d'exécution (UE) 2015/462 de la Commission du 19 mars 2015 définissant des normes techniques d'exécution concernant les procédures de délivrance de l'agrément prudentiel nécessaire à l'établissement de véhicules de titrisation, la coopération et l'échange d'informations entre les autorités de contrôle des véhicules de titrisation, ainsi que les formats et modèles à utiliser par les véhicules de titrisation pour les informations qu'ils doivent soumettre conformément à la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 76, p. 23)

- Art. 31 à 39k LSA: il en va de même pour les dispositions particulières applicables à certaines branches d'assurance et la réglementation concernant les assurances sur la vie qualifiées.
- Art. 51 à 54j LSA: les mesures protectrices, mesures en cas de risque d'insolvabilité et liquidation, réglementées ici et relevant de la compétence de la FINMA, sont conçues pour les entreprises d'assurance et ne sont pas directement applicables aux entités ad hoc d'assurance. Ces dernières relèvent toutefois sans aucun doute de la compétence de la FINMA en matière de faillite, mais pas de celle des tribunaux civils. Cela a non seulement été affirmé expressément dans les débats parlementaires³⁵, mais ressort également de l'art. 173b, al. 2, LP dernièrement révisé³⁶.
- Art. 57 à 59 LSA: L'exclusion de ces dispositions du champ d'application indique clairement que la FINMA ne peut prendre aucune mesure conservatoire supplémentaire applicable aux entreprises d'assurance étrangère.
- Art. 62 LSA: un transfert du portefeuille d'assurance soumis à l'approbation de la FINMA n'entre pas en considération dans le cas d'une entité ad hoc d'assurance – au même titre que les entreprises de réassurance.

Art. 111e Définitions

Par souci de clarté, il est précisé à l'al. 1 de l'art. 111e que les entités ad hoc d'assurance peuvent émettre tous les types d'instruments d'emprunt ou de participation qui sont considérés comme des instruments financiers au sens de la LSFIn. Comme pour les entreprises d'assurance, les entités ad hoc d'assurance ne peuvent pas être soumises à la LSFIn puisque leur activité relève de la LSA (art. 2, al. 2, let. d LSFIn).

La notion de risque spécifique, définie à l'al. 2, se réfère sur le fond à la définition figurant à l'art. 2 du règlement d'exécution (UE) 2015/462.

Art. 111f Agrément

L'art. 111f énonce des principes en matière d'agrément généralement valables dans le droit des marchés financiers.

Même si l'entité ad hoc d'assurance fait partie d'un groupe ou d'un conglomérat d'assurance étranger, l'exercice d'une surveillance consolidée ne sera requis que si elles constituent ensemble une entité économique ou sont liées entre elles sur la base de facteurs d'influence ou d'un contrôle (art. 64, let. c, et 72, let. d, LSA).

Art. 111g Demande d'agrément

Les informations à fournir dans la demande d'agrément devront permettre à la FINMA de vérifier si l'entité ad hoc d'assurance peut respecter les prescriptions prudentielles énoncées dans le chapitre 4b, notamment en matière d'organisation, de financement et de risques à assurer.

Art. 111h Modifications apportées aux informations et documents relatifs à la demande d'agrément

L'art. 111h reprend en l'occurrence le procédé usuel du droit des marchés financiers qui doit être appliqué par un établissement assujéti lorsque des changements interviennent dans les faits sous-jacents à la demande d'agrément.

³⁵ Cf. journal officiel concernant l'objet 20.078 Surveillance des assurances. Modification, Conseil des États, session d'hiver, neuvième séance du 13 décembre 2021, 15h15, intervention du conseiller fédéral Maurer concernant l'art. 30f LSA

³⁶ FF 2021 3001

Art. 111i Consolidation

Les entités ad hoc d'assurance ont pour but de transférer des risques actuariels au marché financier. Si l'une d'elles est liée à un groupe ou à un conglomérat d'assurance, ce but ne doit pas être détourné par une consolidation intégrale de l'entité ad hoc. Une telle consolidation ne peut s'avérer nécessaire sur le plan réglementaire (par ex. solvabilité du groupe ou du conglomérat d'assurance) qui si la part des droits de vote de l'entité ad hoc est supérieure à 50 % et que la société mère peut exercer sur elle une influence déterminante. Cette condition n'est pas remplie si l'entité ad hoc est indépendante de la société mère et des sociétés qu'elle domine (par ex. organe indépendant) et sur le plan organisationnel (par ex. aucun pouvoir d'instruction). En l'absence d'une telle influence, l'entité ad hoc ne peut être consolidée entièrement et n'est pas assujettie à la surveillance consolidée.

Section 2 Conditions d'agrément

Ici également, les conditions d'agrément s'alignent sur la nature particulière des entités ad hoc d'assurance et se limitent aux quelques prescriptions élémentaires ad hoc.

Art. 111j Forme juridique

Outre les formes juridiques admises pour les entreprises d'assurance, soit la société anonyme et la coopérative, les entités ad hoc d'assurance peuvent aussi se constituer en fondation. Il s'agit ici de garantir qu'une entreprise (par ex. établissement financier) puisse créer une entité ad hoc d'assurance sous couvert d'une fondation et collaborer avec elle sans que se posent des questions de domination ou d'influence déterminante. Toute consolidation de l'entité ad hoc et son assujettissement à la surveillance consolidée sont ainsi exclus.

Art. 111k Capital minimum

Le capital minimum de 100 000 francs prescrit pour la société anonyme au sens de l'art. 621 CO est aussi valable pour les entités ad hoc d'assurance, et ce indépendamment de leur forme juridique (donc aussi la fondation). En vertu du marché libéral, on renonce à exiger un plafond plus élevé.

Art. 111l Règles de garantie

L'art. 111l, concernant la délégation de fonctions, se réfère aux règles du droit de la société anonyme établies aux art. 716a et 716b CO. Si certaines tâches de haute direction seront indéléguables et inaliénables, la gestion pourra être déléguée à des tiers. Sauf pour ces tâches indéléguables et inaliénables, la délégation des fonctions de gestion et de contrôle sera admise. Pour l'entité ad hoc d'assurance, cette possibilité de délégation sera plus large que pour les entreprises d'assurance directe et de réassurance. En pratique, la gestion des entités ad hoc d'assurance est généralement confiée à des sociétés de gestion spécialisées qui peuvent être liées à des entreprises d'assurance. Il est clair que l'entité ad hoc restera responsable vis-à-vis de la FINMA dans la même mesure et devra garantir en tout temps la direction réglementaire de ses affaires.

Pour le reste, les prescriptions concernant la garantie d'une activité irréprochable (art. 14 LSA) s'appliqueront également aux entités ad hoc d'assurance. Ce point ressort des dispositions de la LSA applicables par analogie à ces dernières conformément à l'art. 30e, al. 2, LSA.

Section 3 Groupes de risques

La section contient des règles portant sur les groupes de risque introduits à l'art. 30f LSA. Les entités ad hoc d'assurance doivent reprendre les risques d'entreprises d'assurance et en conséquence peuvent émettre des instruments financiers correspondant sans qu'il y ait d'engagement réciproques entre les différents groupes de risques. On connaît déjà ce système dans la loi sur les placements collectifs, qui autorise des placements collectifs à compartiments où chaque compartiment répond uniquement de ses propres engagements (art. 92 à 94 LPCC).

C'est aussi le cas pour les fondations de placement, qui peuvent comporter plusieurs groupes de placement dont la fortune constitue à chaque fois une entité juridique distincte. Enfin, la fortune liée des entreprises d'assurance elles-mêmes est considérée comme un fonds distinct dans la procédure d'assainissement et de faillite, sur la base du même raisonnement.

Art. 111m Constitution

L'introduction des groupes de risques a offert la possibilité de segmenter les personnes morales. Sur le plan juridique, un groupe de risques est considéré comme une entreprise autonome sans personnalité juridique propre. En conséquence, il dispose d'une fortune indépendante (compartiment) qui est séparée de celles des entités ad hoc d'assurance et des autres groupes de risques.

La séparation des masses patrimoniales permet à chaque groupe de risques de mener ses activités indépendamment des autres. Les groupes de risques ne peuvent donc exercer que les activités qui sont décrites dans leurs statuts ou dans les règlements.

N'ayant pas de personnalité juridique propre, les groupes de risques ne disposent pas non plus d'un organe propre. La représentation des groupes à l'extérieur passe exclusivement par des personnes expressément habilitées de l'entité ad hoc d'assurance. Celles-ci peuvent procéder à tous les actes juridiques imposés par le domaine d'activité du groupe de risques. Lorsqu'elle intervient à l'extérieur, l'entité ad hoc d'assurance indique qu'elle agit pour un groupe de risques spécifique.

Un groupe de risques n'engage sa responsabilité qu'à hauteur de ses propres valeurs patrimoniales, donc uniquement pour les risques qui lui ont été attribués en vertu des contrats de transfert de risque. Les investisseurs n'ont droit qu'à la fortune et au revenu du groupe de risques dans lequel ils ont investis ou détiennent des participations.

La nature et le fonctionnement des groupes de risques exigent le respect de certaines obligations en matière de transparence et de publicité. Un groupe de risques ne peut donc être constitué que si les statuts le permettent expressément. Le règlement sur les groupes de risques doit en outre définir pour chaque groupe individuellement notamment le domaine d'activité, l'organisation et la représentation, ainsi que le compartiment (y compris les taxes et autres frais à la charge du groupe de risques) (al. 2). Les investisseurs doivent avoir accès d'une manière ou d'une autre au règlement (al. 3).

Art. 111n Compartiments

Chaque compartiment est alimenté par les investisseurs du groupe de risques et constitue un substrat de responsabilité propre. En conséquence, les biens et les engagements des divers compartiments doivent être clairement identifiables et détenus séparément les uns des autres ainsi que de la fortune sociale.

Si un compartiment n'atteint pas la taille critique (ou dans le but, par ex., de se doter d'une structure plus efficace), il est possible de «fusionner» ou d'associer plusieurs compartiments. L'opération doit prendre en considération les intérêts des investisseurs concernés. Le règlement sur les groupes de risques doit détailler la procédure de fusion.

Art. 111o Instruments financiers

Chaque groupe de risques doit se financer lui-même et émettre des instruments financiers ad hoc. A cet égard, un groupe peut prévoir diverses catégories d'instruments pour lesquels le règlement sur les groupes de risques doit décrire les droits et les obligations à des fins de transparence et de sécurité juridique.

Les entités ad hoc d'assurance constituées en société anonyme peuvent en outre prévoir d'émettre au niveau de la société (et non pas du groupe de risques) des instruments financiers qui détiennent un droit à la fortune et au revenu d'un groupe de risques spécifique. Le cas échéant, les art. 654 ss sont applicables par analogie.

Art. 111p Assemblée des investisseurs

Les investisseurs constituent une communauté de destin qui prend ses décisions au sein d'une assemblée. Les règles régissant la convocation et l'organisation de l'assemblée des investisseurs ressortent du droit de la société anonyme.

L'assemblée des investisseurs est habilitée, dans les limites de la loi, à prendre les mesures appropriées pour sauvegarder les intérêts communs de ses membres. Le pouvoir de décision de l'assemblée des investisseurs est réglé dans la loi, dans l'OS, dans les statuts de l'entité ad hoc d'assurance et dans le règlement sur les groupes de risque. L'assemblée approuve les modifications du règlement sur les groupes de risques.

Le droit de vote des investisseurs est proportionnel à leur part dans le compartiment.

Art. 111q Placement de la fortune des groupes de risques

Le produit de l'émission des instruments financier peut être placé pendant la durée de prise en charge des risques, étant entendu que ce point est généralement réglé dans le contrat de transfert de risques. La stratégie de placement et les placements autorisés d'un groupe de risques doivent être définis dans les directives de placement, lesquelles sont édictées par l'organe chargé de la haute direction.

Les statuts doivent préciser qui (haute direction, assemblée des investisseurs, mandant du transfert des risques) est compétent pour approuver ou adopter les modifications des directives de placement. On peut envisager que les statuts ou le règlement sur les groupes de risques obligent les investisseurs à faire des versements supplémentaires.

La mise en œuvre de la stratégie de placement peut être confiée aux filiales auxquelles a été attribué un compartiment.

Art. 111r Participation aux frais

L'entité ad hoc d'assurance fixe les coûts supportés par la fortune sociale ou par les différents compartiments (par ex.: les groupes de risques n'ayant pas de personnalité juridique, c'est l'entité ad hoc qui est le sujet fiscal; il convient alors de répartir de manière appropriée les impôts dus entre les différents compartiments). Le procédé doit être transparent pour les investisseurs.

Art. 111s Renseignement

Les investisseurs doivent être suffisamment informés pour pouvoir exercer leurs droits. C'est pourquoi ils doivent bénéficier des droits aux renseignements et à la consultation accordés aux actionnaires de la société anonyme. Ces droits peuvent être refusés lorsqu'ils compromettent des intérêts dignes de protection ou des secrets d'affaires, notamment du mandant du transfert des risques.

Art. 111t Comptabilité et présentation des comptes

L'entité ad hoc d'assurance doit tenir des comptes séparés pour la fortune sociale et pour les compartiments des divers groupes de risques et présenter la situation économique de sorte à permettre aux tiers de s'en faire une idée fiable. Elle doit en outre établir un rapport de situation. Les art. 957 ss CO s'appliquent par analogie. La FINMA peut édicter des modalités concernant la structure des comptes annuels.

Art. 111u Suppression

La suppression d'un groupe de risques relève d'une décision de l'organe chargé de la haute direction. Les investisseurs sont traités à égalité. Les statuts ou le règlement sur les groupes de risques règlent la suppression et peuvent prévoir, à cet égard, d'accorder aux investisseurs des droits de participation. Le produit du compartiment d'un groupe de risques sert prioritairement à rembourser les dettes (en particulier les créances découlant des engagements de prise

en charge des risques); un éventuel excédent est réparti entre les investisseurs du groupe concerné en fonction de leur part, à moins que les statuts ou le règlement sur les groupes de risques n'en disposent autrement.

Si un compartiment est insolvable, les art. 53 ss LSA s'appliquent par analogie. La FINMA peut notamment, sur demande du liquidateur de la faillite, ordonner la constitution d'une assemblée des créanciers (art. 54b LSA).

(Chapitre 6 Autres principes régissant l'exercice de l'activité d'assurance)

Art. 119a Remise de documents au preneur d'assurance

Comme le mentionne le message, l'obligation de remettre de la documentation porte aussi bien sur les documents établis sur papier que sur les documents, fichiers ou relevés électroniques de tous types, dans la mesure où il s'agit d'informations et de documents déterminants que l'intermédiaire ou l'entreprise d'assurance a l'obligation de tenir et de publier (cf. par ex. art. 14a, 30b, 39h, 39k, 45, 45a et 45b LSA). Font cependant exception les documents purement internes tels que les études préparatoires, les notes ou les projets (de contrats) dans la mesure où ils ne sont pas utilisés pour 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).

(Titre 6 Dispositions particulières à certaines branches d'assurance)

Chapitre 1 Assurance sur la vie

Section 1 Tarification

Art. 120, al. 1

Selon l'interprétation, il semble que le terme utilisé actuellement pour qualifier les bases et méthodes de calcul comme étant «conformes au risque» soit trop restrictif; le terme «adéquates» est plus correct et traduit mieux la pratique actuelle. Désormais, les bases de coûts utilisées pour la tarification doivent en conséquence aussi être adéquates. L'utilisation des bases doit suivre un procédé fondé sur le plan actuariel. Ceci correspond à la pratique actuelle et assure clairement la sécurité juridique. Contrairement à la situation actuelle, les périodes de validité doivent être indiquées dans l'assurance sur la vie individuelle et collective.

Art. 121 Tarification en dehors de la prévoyance professionnelle: taux d'intérêt technique pour les assurances sur la vie libellées en francs suisses

Al. 1 et 2

Selon le droit actuel, le taux d'intérêt technique ne peut pas dépasser 60 % de la moyenne roulante sur dix ans du taux d'intérêt de référence. Cette formule est trop vague et ne convient plus en cas de baisse du niveau des taux d'intérêt dans un environnement marqué par des intérêts bas et négatifs. Elle est donc remplacée par la moyenne roulante sur quatre ans des obligations de la Confédération sur 10 ans, déduction faite des suppléments de sécurité correspondants au sens des al. 3, 4 et 5.

Al. 3

Cet alinéa règle le cas où la moyenne roulante sur quatre ans est positive. Elle est alors subdivisée en parts pondérées différemment.

Al. 4

Cet alinéa règle le cas où la moyenne roulante sur quatre ans est négative.

Al. 5

Les dispositions de l'al. 5 ont pour but d'éviter les adaptations trop fréquentes du taux d'intérêt technique maximal.

Al. 6

La disposition contient une clause de flexibilité limitée permettant à la FINMA de régler rapidement les problèmes graves, notamment ceux qui pourraient survenir à la suite de fluctuations importantes sur le marché des capitaux. On considérerait que les conditions sur le marché ont changé notamment si les emprunts d'État correspondants n'étaient plus disponibles ou si les intérêts se situaient nettement en dessous de -1,5 % ou au-dessus de 4 %. Dans de tels cas, la FINMA serait alors habilitée à fixer des taux maximaux supérieurs ou inférieurs, et à moduler le niveau de ces taux maximaux divergents en fonction d'une éventuelle couverture des contrats. Ce mécanisme devrait éviter autant que possible les distorsions de concurrence.

Art. 121b Tarification en dehors de la prévoyance professionnelle: dispositions communes relatives au taux d'intérêt technique applicable aux assurances sur la vie

Al. 1

Cet alinéa ne s'applique que dans le cas particulier où une entreprise d'assurance soumet une demande justifiée. Le cas échéant, la FINMA peut approuver des taux d'intérêt techniques plus élevés pour certaines durées de police prescrites ou pour certains produits.

Al. 2

Afin de laisser suffisamment de temps aux entreprises d'assurance pour s'adapter, un délai de mise en œuvre de six mois est prévu. Cela correspond à la pratique en vigueur.

Art. 121c Tarification en dehors de la prévoyance professionnelle: assurance sur la vie avec tarification non fondée sur des taux d'intérêt techniques

La disposition règle les garanties dont la tarification s'appuie sur d'autres bases liées aux conditions du marché des capitaux que les taux d'intérêt techniques. Ces bases doivent alors être déterminées avec prudence en fonction des garanties. Cela correspond à l'al. 3 actuel.

Art. 122, al. 1

En vertu de l'al. 1 actuel, l'entreprise d'assurance doit utiliser, pour la tarification des contrats d'assurance sur la vie, des «tables de mortalité et d'autres bases statistiques reconnues par la FINMA». La question de savoir si l'adjectif «reconnues» se réfère aux tables de mortalité et/ou aux autres bases n'a pas de réponse claire. La pratique actuelle veut que toutes les bases biométriques et démographiques doivent être reconnues par la FINMA. C'est pourquoi la notion de tables de mortalité est remplacée par la notion plus globale de «bases biométriques et démographiques». Les bases de coûts sont définies à l'art. 120, al. 1, P-OS en tant que principe général.

Art. 123, al. 3

L'alinéa modifié ne vise aucunement à changer la pratique actuelle en matière de fixation des primes. Il s'agit plutôt de préciser et de relever clairement l'importance d'un portefeuille propre, notamment dans le domaine de l'assurance collective d'indemnité journalière en cas de maladie. Il est ainsi clair que le cours individuel des sinistres se réfère à un portefeuille collectif partiel à tarifier alors que le cours collectif des sinistres renvoie à l'ensemble des portefeuilles partiels à tarifier et non pas à un quelconque cours individuel des sinistres (par ex. en fonction de la table de mortalité de la population ou de l'ensemble du marché). Les statistiques transversales peuvent être appliquées à condition qu'elles complètent de manière adéquate les données propres de l'assureur, ce qui doit être justifié sur le plan actuariel au moment de la saisie des tarifs. Le complément est jugé adéquat notamment lorsqu'il permet d'améliorer l'appréciation des risques sur la base de méthodes actuarielles reconnues. Dans ce cadre sont aussi à prendre en compte des aspects tels que la stabilité et la constance des tarifs. L'objectif reste d'assurer la concordance entre le tarif et les règles statistiques. La dernière phrase de la disposition exclut le recours abusif à des statistiques non pertinentes, tel que la falsification des données concernant le portefeuille propre en y ajoutant des éléments inappropriés. Ce

point est important notamment aussi sous l'angle de la concurrence, car il s'agit d'éviter qu'une entreprise d'assurance puisse tirer indûment profit de statistiques inappropriées.

(Section 2 Réduction et rachat)

Art. 127, al. 2, let. g

L'entrée en vigueur de l'art. 90, al. 1 et 3, LCA le 1^{er} janvier 2022 a abrogé l'obligation pour le preneur d'assurance de verser des primes pendant trois ans avant de pouvoir exiger une valeur de règlement de la part de l'assureur. En conséquence, la formule «si le preneur d'assurance a payé les primes pendant trois ans au moins» peut être supprimée.

(Section 3 Exigences concernant les contrats d'assurance sur la vie)

Art. 129a Information dans l'assurance sur la vie non qualifiée: offre individuelle

Al. 1

L'entreprise d'assurance doit communiquer au preneur d'assurance à temps avant la conclusion d'un contrat les spécificités relatives à l'assurance sur la vie non qualifiée. Compte tenu des faibles risques pour le preneur d'assurance, l'obligation est moins étendue que pour l'assurance sur la vie qualifiée. Il va sans dire que les autres obligations d'informer imposées aux entreprises d'assurance, notamment celles qui découlent également de la LCA, restent applicables.

Al. 2 et 3

Les deux alinéas posent le principe des exemples de calcul, qui visent à fournir au preneur d'assurance une gamme complète des développements envisageables pour l'assurance sur la vie non qualifiée. L'entreprise d'assurance doit ainsi présenter de manière simple et compréhensible au moins trois scénarios de performance (favorable, moyen et défavorable). L'utilisation des exemples de calcul correspond à la pratique actuelle. Pour des questions de hiérarchie des normes, ce principe doit désormais être inscrit au niveau de l'ordonnance.

Al. 4

La valeur de rachat et la prestation à l'échéance doivent être indiquées pour chacun des trois scénarios de rendement. Les assurés disposent ainsi d'un aperçu, basé sur des scénarios de rendement, du montant qui pourrait leur être versé en cas de rachat et de la prestation d'assurance dont ils pourraient bénéficier au terme du contrat.

Al. 5

Cet alinéa définit la présentation transparente des coûts dans le cadre du scénario de rendement moyen (et uniquement pour celui-ci). La présentation doit distinguer les coûts liés aux risques des autres coûts. Ces derniers comprennent toutes les taxes et émoluments qui sont à la charge des assurés. Les assurés doivent comprendre les différentes composantes du produit recherché et pouvoir également estimer dans quelle mesure une combinaison entre protection contre les risques et processus d'épargne est judicieuse dans leur cas ou s'il est préférable de séparer le processus d'épargne et la protection contre les risques. On entend par primes complémentaires des primes relatives à des assurances complémentaires librement choisies (par ex. une assurance en cas d'incapacité de gain) qui ne contiennent pas de composante épargne.

Al. 7

L'alinéa accorde à la FINMA la compétence de régler les détails techniques concernant les exemples de calcul ainsi que la preuve des primes de risque et des coûts des produits. La hiérarchie des normes est ainsi respectée, notamment l'art. 5 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers, qui stipule que les principes importants sont édictés par le Conseil fédéral dans l'OS et que l'exécution technique est déléguée à la FINMA. Il va

sans dire que la fixation des modalités techniques doit tenir compte des autres exigences visées dans l'ordonnance, en particulier celles qui s'appliquent aux consultations.

Art. 129b Information dans l'assurance sur la vie qualifiée: offre individuelle

Al. 1

En raison du risque de perte encouru par les preneurs d'assurance dans le cadre du processus d'épargne d'une assurance sur la vie qualifiée, il est particulièrement important, pour des raisons de transparence, que l'entreprise d'assurance les informe concrètement sur le contrat d'assurance proposé avant la conclusion de ce dernier. L'obligation d'information couvre également les éventuelles variantes comprises dans l'offre individuelle de produits. Pour être facilement compréhensible, l'information doit se fonder sur des exemples de calcul individualisés. Cela correspond à la pratique actuelle de la FINMA en matière de surveillance, laquelle doit désormais être inscrite au niveau de l'ordonnance conformément à la hiérarchie des normes.

Al. 2

En particulier dans le domaine de l'assurance sur la vie qualifiée au sens de l'art. 39a LSA, il est important que le profil de rendement et de risque associé au produit effectivement proposé soit illustré de manière compréhensible. La prise en compte par les preneurs d'assurance des actifs sous-jacents et de la durée du contrat, mais aussi l'existence d'éventuelles garanties, sont d'une importance centrale dans ce contexte.

Les circonstances dans lesquelles l'assurance sur la vie qualifiée évolue, et notamment l'impact de l'évolution des cours des actifs sous-jacents sur la prestation à l'échéance et les valeurs de rachat, doivent être illustrés au moyen de scénarios de rendement. Au minimum, un scénario de rendement favorable, un scénario de rendement moyen et un scénario de rendement défavorable doivent être présentés.

Lors de l'élaboration des scénarios de rendement, il convient de tenir compte de la nature des actifs sous-jacents et de la durée individuelle du contrat. L'entreprise d'assurance doit indiquer que les scénarios de rendement sont fondés sur des hypothèses et ne constituent pas des prévisions pour l'avenir. Elle précisera en outre qu'aucune obligation contractuelle ne peut découler des exemples de calcul.

Les exemples de calcul doivent aussi comprendre un scénario de rendement défavorable, qui est d'une importance particulière. Il doit présenter un rendement inférieur à celui d'un placement sans risque afin d'illustrer le risque de perte dans le processus d'épargne. Pour le rendement moyen, c'est la durée de l'investissement jusqu'à la prestation à l'échéance qui est déterminante pour savoir dans quelle mesure le rendement sera inférieur à celui d'un placement sans risque. Il faut ainsi montrer aux assurés qu'au fil du temps, le contrat d'assurance peut évoluer au point de générer un rendement inférieur à celui d'un placement sans risque, tout en tenant compte des éventuelles garanties contractuelles. Si les preneurs d'assurance étaient privés de ces informations, ils risqueraient de se faire une idée erronée du produit auquel ils souscrivent et de mal en évaluer les conséquences financières. La mise en évidence du rendement brut leur permet de comprendre à quelles situations sur le marché des capitaux les scénarios de performance se rapportent.

La let. f fixe les exigences de transparence à propos du processus d'épargne pour le scénario de rendement moyen, dans la logique de la LSFIn. La présentation se fonde sur une réduction du rendement brut, en incluant tous les coûts (coûts des fonds et autres coûts) sauf les coûts liés aux risques. Les coûts liés aux risques doivent être présentés par assurance, c'est-à-dire indiquer en francs quelle est leur part rapportée aux primes d'assurance. La transparence ainsi créée est nécessaire pour permettre aux assurés de comprendre le produit et de décider si une combinaison entre protection contre les risques et processus d'épargne est judicieuse ou s'il vaut mieux dissocier les deux composantes.

L'exemple ci-après porte sur une assurance sur la vie qualifiée liée à des fonds, constitutive de capital. Des paiements de primes annuels anticipés sont effectués. La prestation à l'échéance A^{real} est indiquée par l'exemple de calcul. En l'occurrence, elle est calculée comme suit:

$$\sum_{j=1}^N (P - r_j - k)(1 + n)^j = A^{real}$$

P représente la prime, r_j la prime de risque pour l'année $N - j + 1$, k la déduction de coûts et n le rendement brut après déduction des commissions sur les fonds, donc $n = b - f$ où b représente le rendement brut et f les commissions sur les fonds).

Ce qui équivaut à

$$\sum_{j=1}^N (P - k)(1 + n)^j = A^{real} + \sum_{j=1}^N r_j (1 + n)^j .$$

Pour simplifier, nous remplaçons le total des primes de risque majoré de l'intérêt par le total des primes de risque simple:

$$\sum_{j=1}^N (P - k)(1 + n)^j = A^{real} + \sum_{j=1}^N r_j = A^{sans\ déduction\ du\ risque} .$$

Cette simplification entraîne uniquement un déplacement de la mention de tous les coûts et coûts du risque entre l'indication de la réduction du rendement en pour-cent et l'indication en termes absolus des coûts du risque. Elle inclut aussi dans l'équation le rendement net (après déduction de tous les coûts sauf les coûts du risque) de l'intérêt implicite (II):

$$\sum_{j=1}^N P (1 + II)^j = A^{sans\ déduction\ du\ risque} .$$

La réduction des rendements est donc le résultat de $b - II$

Sans autre déduction de coûts, le preneur d'assurance obtiendrait dans cet exemple la valeur suivante:

$$\sum_{j=1}^N P (1 + b)^j .$$

Le calcul ci-dessus tient ainsi compte des coûts qui découlent du passage de b à n par le prélèvement des commissions sur les fonds et de ceux qui découlent du passage de n à II résultant du prélèvement des coûts sur les primes. En revanche, les coûts du risque ne sont pas déduits dans $A^{sans\ déduction\ du\ risque}$ et donc dans II car, dans la logique de la LSA, ils sont présentés séparément.

Si le processus d'épargne de l'assurance sur la vie qualifiée est lié à l'indice SMI, le rendement brut doit être déterminé sans autres déductions liées au cours du SMI tels que présumés dans le scénario moyen. La procédure est analogue pour d'autres placements de capitaux.

On entend par primes complémentaires des primes relatives à des assurances complémentaires librement choisies (par ex. une assurance en cas d'incapacité de gain) qui ne contribuent pas au processus d'épargne.

Pour la prise en compte du risque, il est déterminant de savoir si la prime est payée en une fois au début ou répartie sur la durée. S'ajoute à cela le fait qu'une évolution économique défavorable au début ou à la fin de la durée d'une assurance sur la vie qualifiée peut à elle seule en réduire considérablement le rendement. Les opportunités de développer le placement des capitaux sur la durée ne peuvent en soi éliminer ces effets.

Al. 3

La réduction du rendement définie dans ce paragraphe inclut à la fois les coûts des fonds et les frais de gestion. L'entreprise d'assurance est libre d'accroître encore volontairement le de-

gré de transparence et de détailler plus avant la réduction de rendement en faisant la distinction, dans le relevé des frais, entre «réduction de rendement due aux coûts des fonds» et «réduction de rendement restante».

La transparence exigée à l'article 129b ne serait pas assurée si ce n'était pas le rendement brut qui était indiqué, mais le «rendement net des coûts de fonds». L'indication du rendement brut est essentielle, car elle permet au preneur d'assurance de comparer le processus d'épargne de l'assurance sur la vie qualifiée avec un indice de marché approprié et d'évaluer si les hypothèses de performance sur lesquelles reposent les exemples de calcul sont réalistes. La mise en avant d'un «rendement net des coûts des fonds» au lieu du rendement brut serait en outre trompeuse, en particulier pour les assurances sur la vie qualifiées liées à un indice, car la participation à l'indice fait d'emblée partie du produit. En outre, à «rendement net des coûts de fonds» égal, une assurance sur la vie qualifiée avec des coûts de fonds moins élevés ne semblerait pas plus intéressante qu'une assurance avec des coûts de fonds plus élevés, bien que les exemples de calcul reposeraient dans le premier cas sur une hypothèse de rendement plus prudente.

Art. 129c Information dans l'assurance sur la vie qualifiée: indemnisation de tiers

Al. 1

L'art. 39h, al. 2, LSA 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.

Cet alinéa porte uniquement sur la publicité des indemnités *non monétaires*, donc celles qui, par nature, ne peuvent pas être transmises aux preneurs d'assurance. Il s'agit par exemple des analyses financières et de marché (*research*) mises à disposition ou de l'octroi d'un accès à des plateformes. Cette disposition ne s'appliquera pas aux rémunérations perçues par les intermédiaires d'assurance non liés. La publicité de ces rémunérations est régie à l'art. 45b LSA.

Ce qui est considéré comme rémunération que l'entreprise d'assurance reçoit de tiers en relation avec la fourniture d'un service d'assurance est déterminé par les circonstances propres à chaque cas particulier. Les situations possibles sont trop complexes pour être représentées par des critères précis au niveau de l'ordonnance. L'important sera de déterminer s'il existe ou non un conflit d'intérêts.

Al. 2

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, sur laquelle s'appuie l'art. 39h, al. 2, LSA, les sociétés du groupe sont considérées comme des tiers (cf. à ce sujet l'ATF 138 III 755, p. 773 ss, consid. 8). Étant donné que la notion de groupe est utilisée en l'espèce pour déterminer les droits et les obligations dans la relation de droit privé établie entre l'entreprise d'assurance et les preneurs d'assurance, elle doit également être comprise au sens du droit privé. Concrètement, il faut se baser sur la définition issue du droit comptable qui figure à l'art. 963 CO (bien entendu, sans tenir compte des exceptions énoncées à l'art. 963a CO, car elles ne concernent que la comptabilité).

Art. 129d Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: préparation

Al. 1

Différents procédés peuvent être utilisés pour préparer la feuille d'information de base. L'important est que la feuille soit disponible dans une forme qui permette sa conservation en tant que preuve. Elle doit à cette fin être disponible sur un support de données durable ou sur un site Internet.

Al. 2

Si un site Internet est utilisé, les exigences de cet alinéa garantissent l'exigence d'une possibilité de conservation des preuves. Pour ce qui est de la feuille d'information de base, celle-ci doit ainsi être mise à disposition (et par conséquent être téléchargeable depuis un site Internet) aussi longtemps que l'assurance sur la vie qualifiée en question est proposée.

Art. 129e Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: contenu

La feuille d'information de base contient des informations précontractuelles. Pour que l'objectif d'information soit atteint, il faut que l'information communiquée soit précise et clairement formulée, facilement compréhensible par le preneur d'assurance et ne soit pas trompeuse. Les informations fournies doivent concorder avec les documents contractuels contraignants (notamment avec les indications contenues dans l'offre au sens de l'art. 129b P-OS et les conditions générales) et avec les autres documents éventuels liés aux produits de l'entreprise d'assurance qui propose des assurances sur la vie qualifiées.

Les exigences concrètes relatives au contenu de la feuille d'information de base découlent du modèle figurant à l'annexe 4.

Les exigences par produit relevant du droit spécial demeurent réservées. Ainsi, il y a lieu d'observer l'art. 102, al. 2, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les placements collectifs (OPCC)³⁷, qui dispose que, pour les autres fonds en placements alternatifs, la clause de mise en garde doit toujours figurer sur la première page du règlement du fonds, du prospectus et de la feuille d'information de base, sous la forme approuvée par la FINMA.

Les dispositions d'exécution à édicter par la FINMA conformément à l'al. 3 se limitent à des aspects techniques et pourront contribuer notamment à une meilleure compréhension de la feuille d'information de base. L'idée n'est pas que FINMA introduise une réglementation supplémentaire exhaustive. Elle doit seulement pouvoir garantir que toutes les feuilles d'information de base répondent à l'exigence d'intelligibilité fixée dans la loi.

Art. 129f Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: ampleur, langue et conception

Le preneur d'assurance doit pouvoir lire et comprendre sans difficulté la feuille d'information de base. Le document peut donc être rédigé dans une langue officielle, en anglais ou dans la langue de correspondance des assurés. Dans le cas d'une traduction, il convient de s'assurer que le contenu de la feuille d'information de base originale est rendu de manière fiable et exacte.

Art. 129g Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: tiers qualifiés pour son établissement

Il revient à l'entreprise d'assurance elle-même de décider si le tiers mandaté est qualifié pour cette tâche. Étant donné que, conformément aux dispositions légales, l'entreprise d'assurance continue de répondre de l'exhaustivité et de l'exactitude des indications mentionnées dans la feuille d'information de base, la délégation ne saurait être limitée inutilement. Le tiers doit notamment disposer des connaissances nécessaires sur le fonctionnement de l'assurance sur la vie qualifiée ainsi que sur les dispositions de la LSA concernant l'élaboration de la feuille d'information de base.

Art. 129h Feuille d'information de base: version provisoire

En pratique, il est plutôt rare qu'il faille établir une version provisoire de la feuille d'information de base au sens de l'art. 39b, al. 4, LSA. Une telle version est requise pour les assurances sur la vie qualifiées qui intègrent des instruments financiers au sens de l'art. 3, let. a, LSF in proposés en souscription dans le cadre d'une émission sur le marché primaire et pour lesquels

³⁷ RS 951.311

les coûts notamment ne sont pas encore calculés et restent donc à ce stade indicatifs (cf. art. 83 OSFin).

La feuille d'information de base doit signaler clairement si elle contient des données indicatives. Les données indicatives doivent être signalées comme telles, par exemple en indiquant une fourchette dans laquelle les coûts peuvent évoluer.

Pour autant que les données indicatives ne subissent aucune modification sur le fond après leur inscription définitive dans la confirmation de transaction (*trade confirmation*) et que les coûts par exemple n'excèdent pas les marges convenues, il n'est pas nécessaire d'établir une feuille d'information de base adaptée au sens de l'art. 39e, al. 1, LSA, une fois le contrat conclu. Ce principe ressort de la loi et ne nécessite donc pas d'être réglementé spécifiquement.

Art. 129i Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: informations sur le type et les caractéristiques

Conformément à l'art. 39c, al. 2, let. b, LSA, l'entreprise d'assurance doit communiquer des informations relatives au type et aux caractéristiques de l'assurance sur la vie. Il faut par exemple indiquer s'il s'agit d'une assurance de rentes ou d'une assurance sur la vie liée à des fonds ou à des indices, ou encore si l'assurance doit être liée au pilier 3a ou 3b. En outre, les caractéristiques de l'assurance sur la vie qualifiée, notamment l'échéance (si elle est connue), les prestations assurées ainsi que le processus d'épargne, doivent être décrits brièvement de manière compréhensible.

Art. 129j Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: informations relatives aux coûts

Tous les coûts liés à l'assurance sur la vie qualifiée doivent être présentés. Les informations doivent être aussi précises que possible et être exhaustives. Elles varient en fonction de l'assurance sur la vie concernée.

Font partie des coûts uniques en particulier les coûts de produit liés à la conclusion du contrat d'assurance. En règle générale, ces coûts indiqués en montants sont répartis sur la durée du produit, parfois aussi escomptés selon le procédé de Zillmer - par exemple au moment de la conclusion du contrat. Les coûts de conclusion englobent généralement des commissions de conclusion, des commissions de courtage et des supercommissions, des rémunérations pour le service externe sollicité, les frais de publicité et les frais liés au contrôle de la demande et des risques, le traitement de la demande, la préparation de la police d'assurance, des taxes et droits de timbre, etc. Font aussi partie des coûts uniques les émoluments et frais dus en cas de rachat d'une assurance sur la vie qualifiée.

Par coûts récurrents on entend, par exemple, les frais de gestion, les honoraires de conseil ou les frais de dépôt ou de fonds récurrents.

Les indications sur les coûts à attendre s'appuieront sur des coûts effectifs en tant que valeurs approximatives et, si ceux-ci ne sont pas disponibles, sur des estimations compréhensibles de ces coûts.

Art. 129k Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: vérification et modification

Aussi longtemps que l'assurance sur la vie qualifiée est proposée sur le marché, les indications contenues dans la feuille d'information de base sont à vérifier à intervalles réguliers, mais au moins une fois par année. Compte tenu de l'hétérogénéité des assurances sur la vie qualifiées, on renonce à édicter des prescriptions supplémentaires concernant la périodicité de la vérification. Les renseignements peuvent plus ou moins changer selon l'assurance sur la vie qualifiée ainsi que son profil de risque et de rendement et donc nécessiter des modifications plus ou moins fréquentes de la feuille d'information de base. Conformément à l'art. 39e, al. 1, LSA, cette feuille doit cependant être adaptée en cas de modifications importantes des indications.

Art. 129l Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: documents étrangers

Les documents énumérés à l'annexe 5 peuvent être utilisés intégralement et sans complément en lieu et place de la feuille d'information de base pour les assurances sur la vie qualifiées au sens de l'art. 39b LSA. À ce stade, il n'existe pas de documents étrangers équivalents, c'est pourquoi la liste de l'annexe 5 est vide.

La pertinence de cette disposition reste toutefois incertaine puisque, pour l'instant, on ne connaît pas de documents relevant de législations étrangères qui seraient équivalents à la feuille d'information suisse pour les assurances sur la vie qualifiées et qui pourraient être utilisés en lieu et place de celle-ci.

À des fins de précision, il faut noter en l'occurrence qu'une entreprise d'assurance offrant des assurances sur la vie qualifiées en Suisse dispose en principe de deux possibilités pour satisfaire ses obligations légales d'information: elle peut établir une feuille d'information de base au sens de l'art. 39b, al. 1, LSA ou utiliser un document étranger équivalent. Si elle fait usage de la deuxième possibilité, un lien avec un marché étranger, par exemple de l'UE, n'est en principe pas nécessaire, même si l'assurance sur la vie qualifiée est proposée exclusivement en Suisse. L'entreprise peut par ailleurs établir aussi bien une feuille d'information de base qu'un document étranger équivalent.

Art. 129m Vérification du caractère approprié dans l'assurance sur la vie qualifiée

Al. 1

L'ampleur et le contenu de la vérification du caractère approprié pour les assurances sur la vie qualifiées au sens de l'art. 39j LSA ressortent des réglementations correspondantes prévues dans le domaine des services financiers (art. 10 à 14 LSFIn). La conclusion d'une assurance sur la vie qualifiée ne s'inscrit pas dans le cadre d'une gestion de fortune ou d'un conseil en placement au sens de l'art. 3, let. c, ch. 3 et 4, LSFIn, c'est pourquoi la LSA ne prescrit en l'occurrence pas non plus de vérification formelle de l'adéquation au sens de l'art. 13 LSFIn. Toutefois, compte tenu notamment de la longue durée d'une assurance sur la vie qualifiée et de l'engagement contractuel qui en découle, il est indispensable que les preneurs d'assurance puissent déterminer avec certitude, au cours du processus de conseil, si le produit qui leur est proposé leur convient ou non. Dans le cadre des débats parlementaires, le législateur a en outre clairement laissé entendre que la vente de produits de placement devait bénéficier des mêmes chances sur l'ensemble du marché financier. Pour ce qui est de l'assurance sur la vie qualifiée, cela signifie que ce produit doit être présenté au preneur d'assurance, au même titre que tout autre produit de placement, en fonction de ses objectifs de placement et de ses conditions financières. En d'autres termes, on ne saurait admettre que des placements financiers soient distribués sous la forme d'assurances sur la vie qualifiées sans que l'entreprise d'assurance ne se préoccupe des objectifs de placement et des conditions financières du preneur d'assurance. Le conseil inhérent au commerce de l'assurance doit intégrer également ces éléments, ce qui correspond aussi à l'interprétation en droit privé de cette relation de conseil spéciale selon les règles de la bonne foi.

Lors de l'évaluation de la capacité financière (let. a), l'entreprise d'assurance ou l'intermédiaire d'assurance doivent se renseigner sur le type et le niveau du revenu ordinaire, sur la fortune ainsi que sur les engagements financiers actuels et futurs du preneur d'assurance. Ils peuvent – comme pour les renseignements concernant la capacité de risque (let. b) ainsi que la situation de vie et les objectifs de placement (let. c) – se fier aux indications fournies par le preneur d'assurance dès lors qu'il n'y a aucun indice laissant penser que ces indications ne correspondent pas à la réalité (par ex. si la déclaration du preneur d'assurance ne coïncide pas avec les informations collectées dans le cadre du contrôle en matière de blanchiment d'argent pour vérifier la plausibilité des activités).

Al. 2

Cette disposition précise que, lors de la vérification du caractère approprié, les connaissances et l'expérience du représentant sont déterminantes, car c'est ce dernier qui conclut les assurances sur la vie qualifiées pour la personne représentée.

Art. 129n Documentation dans l'assurance sur la vie qualifiée

La documentation peut aussi être standardisée. Le délai de dix jours ouvrables concerne sa mise à disposition, mais pas la période nécessaire à la remise au preneur d'assurance.

Art. 129o Reddition de compte dans l'assurance sur la vie qualifiée

Les comptes rendus peuvent être effectués de manière standardisée tout en respectant les dispositions légales, par exemple en permettant aux preneurs d'assurance de consulter les informations directement en ligne. Cela doit cependant être réalisé sur des supports de données durables pour garantir la conservation des preuves.

Art. 129p Publicité dans l'assurance sur la vie qualifiée

La feuille d'information de base constitue un document à part entière, qui doit être clairement distingué du matériel publicitaire. C'est pourquoi elle ne peut contenir aucune référence à du matériel publicitaire. De son côté, le matériel publicitaire qui renseigne sur une assurance sur la vie qualifiée spécifique ne peut contenir aucune déclaration qui contredirait les indications contenues dans la feuille d'information de base ou qui abaisserait son niveau d'importance. Le matériel publicitaire doit mentionner l'existence d'une feuille d'information de base et indiquer comment et où se procurer ce document, y compris les données concernant le site Internet du fournisseur de l'assurance sur la vie qualifiée (art. 39i, al. 2 et 3 LSA).

Par analogie aux règles générales applicables aux prestataires de services financiers concernant la publicité pour les instruments financiers visés aux art. 68 LSFIn et 95 OSFin, une communication en lien avec des assurances sur la vie qualifiées est considérée comme de la publicité dès lors qu'elle vise des preneurs d'assurance et recourt à des canaux publicitaires. Le but ultime d'une publicité est la souscription de certaines assurances sur la vie qualifiées.

Cette règle délimite en même temps ce qui n'est pas considéré comme de la publicité: contributions ou exposés scientifiques, renseignements ou conseil au preneur d'assurance par l'intermédiaire d'assurance, publications dans la presse spécialisée ou formations, etc. Dans le cas des publications, le sponsoring peut toutefois être compris comme de la publicité dans le cas particulier où le contenu sert à proposer des assurances sur la vie qualifiées particulières. Ce point est précisé clairement à l'al. 2. L'obligation de rendre identifiable la publicité pour des assurances sur la vie qualifiées peut être remplie par une remarque ad hoc.

(Chapitre 3 Dispositions particulières pour les assurances de prévoyance professionnelle

Section 2 Participation aux excédents)

Art. 143, al. 2

La révision de l'art. 37, al. 2, let. b, LSA introduit un nouveau type de prime dans la prévoyance professionnelle, la «prime de garantie versée pour la conversion en rentes». Cette dernière sert à financer la garantie de conversion en rentes (conversion en rentes avec un taux de conversion garanti, mais éventuellement pas entièrement financé). Dans le compte d'exploitation de la prévoyance professionnelle, la prime de garantie versée pour la conversion en rentes doit figurer dans le processus d'épargne, ce qui rend nécessaire le présent ajout à l'art. 143, al., 2 P-OS³⁸. Comme les autres primes de la prévoyance professionnelle, elle est soumise au contrôle préventif des tarifs par la FINMA (art. 4, al. 2, let. r, en lien avec l'art. 5, al. 1, LSA).

³⁸ Cf. message du 19 novembre 2014 concernant la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 (FF 2015 1, p. 86, ch. 2.3.2); message du 25 novembre 2020 concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme LPP 21, FF 2020 9501, p. 9573, ch. 6.4)

En conséquence, il convient de définir au niveau de la circulaire FINMA à quel moment les primes de garantie versées pour la conversion en rentes prévues «restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus» (art. 38 LSA).

Art. 147, al. 2, let. a

La «marge de solvabilité» mentionnée à l'actuel art. 147, al. 2, let. a, OS n'est plus définie dans la nouvelle version du texte et doit être remplacée. Le calcul correspondant doit donc également être adapté de sorte que la valeur obtenue reste approximativement égale à celle que l'on obtenait précédemment.

Le produit net du rendement des capitaux de la marge de solvabilité est remplacé par une part correspondante de la composante épargne, cette dernière étant définie comme «produit net du capital» dans le compte d'exploitation. Après modification, l'art. 147, al. 2, let. a, renvoie donc de manière transparente à une valeur bien définie et d'importance centrale dans le compte d'exploitation.

L'ancien calcul était subdivisé en une part épargne (dominante) et une part risque. Pour ce qui est de la part épargne, l'entreprise d'assurance recevra un montant supérieur après la modification, car le produit net du rendement des capitaux des provisions mathématiques est remplacé par la composante épargne, plus élevée, sans aucune déduction pour la réassurance. Le calcul plus complexe de la part risque peut ainsi être supprimé.

(Chapitre 4 Assurance-maladie et assurance-accidents)

Art. 154a

Al. 1

Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale, la FINMA dispose d'instruments et d'une pratique bien établis pour surveiller les produits dont les tarifs sont soumis à approbation et les provisions techniques qui y sont liées. Elle protège ainsi les assurés contre les abus. Le présent art. 154a se fonde sur la compétence du Conseil fédéral d'édicter des restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance pour protéger les assurés (art. 31, al. 1, LSA). Il introduit au niveau correct de l'ordonnance une réglementation de cette pratique de surveillance établie, déjà inscrite dans la loi ainsi que dans la circulaire FINMA 2010/3 «Assurance-maladie selon la LCA»³⁹. L'objectif de cet ancrage juridique au niveau correct de l'ordonnance est de renforcer la sécurité juridique sans toutefois durcir la pratique de la FINMA en matière de surveillance.

La disposition se fonde également sur l'art. 38 LSA, selon lequel la FINMA doit examiner les primes pratiquées dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale. Dans le cadre de l'assurance-maladie complémentaire, les provisions techniques sont en principe constituées à partir de primes approuvées. Au cours de la procédure d'approbation, la FINMA examine si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus. Dans ce cadre, l'obligation d'approbation des tarifs dans l'assurance-maladie sociale selon l'art. 4, al. 2, let. r, en relation avec les art. 5, al. 1, et 38 LSA se fonde sur le besoin particulier de protection des assurés concernés. Ce besoin de protection particulier est apparent notamment au vu du fait que le Parlement a maintenu le système de contrôle préventif des produits pour l'assurance-maladie sociale et la prévoyance professionnelle, alors qu'il l'a supprimé pour toutes les autres branches d'assurance⁴⁰. Selon la jurisprudence fédérale, le choix du législateur de surveiller plus étroitement les entreprises d'assurance dans le domaine de l'assurance-maladie sociale se justifie à la fois par la nature des risques couverts et par certaines spécificités de cette branche d'assurance. En particulier, la santé n'est pas un bien

³⁹ Circulaire FINMA 2010/3 «Assurance-maladie selon la LCA – Assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale et questions particulières de l'assurance maladie privée» du 18 mars 2010

⁴⁰ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C 717/2017 du 25 novembre 2019

comme les autres et les considérations de politique sociale dans ce domaine ne peuvent être ignorées⁴¹. Le législateur a ainsi largement limité la liberté économique dans le secteur de l'assurance-maladie sociale.

Al. 2

Les calculs des tarifs sont entachés de grandes incertitudes. Dans sa pratique de surveillance, la FINMA ne peut donc garantir l'équilibre prescrit par la loi entre la solvabilité des différentes entreprises d'assurance et la protection des assurés contre les abus dans le cadre du contrôle des tarifs que si elle est en mesure d'émettre des prescriptions portant sur toutes les composantes de la prime pendant la durée du contrat. C'est seulement ainsi qu'il lui sera possible d'approuver les tarifs avec une certaine prudence (c'est-à-dire avec une marge de sécurité intégrée). Si cette marge de sécurité s'avère trop élevée, il se peut que des provisions excessives aient été financées par les preneurs d'assurance, raison pour laquelle la dissolution de ces provisions devenues inutiles doit en principe intervenir en leur faveur dans une mesure raisonnable. Si ce n'est pas possible, il est envisageable d'attribuer les provisions de manière cohérente à une partie des assurés. Ce mécanisme permet de garantir que les tarifs sont justifiés sur le plan actuariel et que la protection des assurés est garantie, comme le prescrit la LSA à l'art. 46, al. 1, let. f et g. Il convient en outre de relever que d'autre part – toujours selon la pratique courante – l'entreprise d'assurance a la possibilité, en plus de la marge bénéficiaire autorisée, de demander des marges de sécurité à la FINMA (dans le cadre de l'examen des tarifs) et qu'elle peut ainsi constituer des provisions supplémentaires en conséquence. Une hausse de tarif dépassant la mesure du renchérissement exogène non pris en compte jusque-là est exceptionnellement possible s'il faut s'attendre, pour l'entreprise d'assurance, à des pertes – sous la forme de résultats techniques négatifs – mettant en danger la solvabilité de celle-ci. Cela s'inscrit aussi dans la pratique de surveillance.⁴²

Al. 3

L'al. 3 précise la relation entre le présent article et l'art. 155, al. 1, OS. Il garantit ainsi que la part des provisions de vieillissement qui n'est pas remboursée à la personne assurée en cas de dissolution anticipée du contrat sera soumise au présent article.

Art. 155

La dernière révision de la LCA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Le nouvel art. 35a, al. 4, LCA est libellé comme suit: «Dans l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 2, al. 2, de la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie), seul le preneur d'assurance peut faire usage du droit de résiliation ordinaire ou du droit de résiliation en cas de dommage (art. 42, al. 1, de la présente loi).(…)». Cette règle ne correspond plus au postulat de l'art. 155, al. 1, OS, selon lequel les deux parties peuvent dissoudre le contrat d'assurance.

L'adaptation, de toute façon nécessaire, de cette disposition prévoit en outre la possibilité de convenir contractuellement de la restitution aux assurés des provisions de vieillissement lorsque ceux-ci résilient le contrat d'assurance. Il s'agit ainsi de favoriser l'innovation. En même temps, la norme est conçue de manière à réduire la «captivité» des assurés et à augmenter la transparence, ce qui sert les intérêts des assurés.

La nouvelle version de l'article accorde désormais aux entreprises d'assurance l'option de développer des produits qui prévoient la constitution de provisions de vieillissement. Le marché de l'assurance-maladie au sens de la LCA (assurance-maladie complémentaire) souffre du

⁴¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_18/2010 du 15 mars 2010, consid. 4.4.3

⁴² Circ.-FINMA 10/3 «Assurance-maladie selon la LCA», cm 39.3.

problème de la «captivité» des assurés de longue durée dans leurs portefeuilles et d'un certain manque de transparence. La captivité des assurés tient en particulier à deux éléments:

- La possibilité pour les assureurs de refuser totalement ou en partie des prestations sur la base du résultat d'un examen de santé, ce qui rend potentiellement inintéressant voire impossible le choix d'un autre produit d'assurance.
- Le fait qu'un preneur d'assurance qui se tourne vers un autre produit d'assurance n'ait pas droit aux éventuelles provisions de vieillesse qu'il aurait financées, ce qui peut rendre financièrement très difficile le passage à un autre produit.

La nouvelle version de l'art. 155 évite ces deux cas de figure en créant la possibilité de concevoir un produit qui permet aux assurés de se faire rembourser la part appropriée des provisions de vieillesse lorsqu'ils résilient le contrat d'assurance. Cette option donne aux entreprises d'assurance les moyens de développer et d'introduire des nouveaux produits.

Al. 1

L'al. 1 reste une «disposition potestative» et est donc – comme les autres dispositions – uniquement applicable si l'entreprise d'assurance propose un produit correspondant avec remboursement approprié des provisions de vieillissement. La résiliation anticipée comprend les cas où le contrat est résilié par le preneur d'assurance ou dissous en raison de circonstances extraordinaires.

Al. 2

Pour ce type de produits, l'entreprise d'assurance doit présenter à la FINMA un plan contenant les bases des valeurs de règlement. La FINMA peut alors vérifier dans le cadre du processus d'approbation si le remboursement d'une part adéquate aux assurés est prévu.

Al. 3

La disposition fixe les exigences en matière de valeurs de règlement d'une manière générale. Les valeurs de règlement doivent s'appuyer sur le montant cumulé pour le preneur d'assurance jusqu'au moment de la dissolution du contrat, calculé à l'aide des bases tarifaires du contrat d'assurance correspondant. Afin de prévenir le risque d'antisélection, le cours individuel des sinistres n'est pas pris en compte lors du calcul de la valeur de règlement mais ne doit reposer que sur la courbe de prestation tarifaire. L'assureur peut procéder à une déduction adéquate pour le risque d'antisélection ou pour le risque de cessation en masse. Il peut en outre procéder à une déduction pour les coûts de conclusion non amortis. Cette règle est justifiée dans la mesure où le preneur d'assurance ne s'engage que pour une année et qu'il n'est pas forcément possible d'amortir la totalité des coûts de conclusion durant cette période.

Al. 4

L'alinéa ancre le principe qui oblige l'entreprise d'assurance à disposer des provisions techniques destinées à couvrir en tout temps les valeurs de règlement. Il s'agit de s'assurer que le droit aux prétentions puisse être satisfait dans chaque cas.

Al. 5

Le but visé ici est d'assurer la transparence requise à l'égard du preneur d'assurance. L'entreprise doit ainsi informer le preneur d'assurance au moins une fois par an du montant de la valeur de règlement. La même information doit être fournie au preneur d'assurance à sa demande ou en cas d'adaptation de la prime d'assurance. À noter enfin que les valeurs de règlement sont soumises à l'obligation de renseigner et doivent donc être communiquées avant la conclusion du contrat (art. 3, al. 2, let. f, LCA).

Titre précédant l'art. 181

Chapitre 7 Réassurance

Art. 181a

Le modèle commercial international des entreprises de réassurance, qui est complexe et qui englobe généralement de nombreuses branches d'assurance, soumet les entreprises de réassurance à des exigences accrues en matière de gestion et d'organisation. Des allègements de la surveillance dans certains domaines sont néanmoins possibles en raison des besoins de protection moindres de la clientèle concernée. En effet, qu'il s'agisse d'un assureur direct (cédant) qui recherche une couverture de réassurance ou d'une entreprise de réassurance qui met sur le marché une telle couverture, les acteurs concernés sont des entreprises d'assurance. Dans ce contexte, il semble approprié, par exemple, d'interpréter l'art. 44, al. 2, LSA au sens strict: les entreprises d'assurances (assureurs directs et réassureurs) n'ont pas le droit de collaborer avec des intermédiaires d'assurance qui ne disposent pas de l'enregistrement requis par l'art. 41 LSA. Il faut en outre tenir compte des exigences internationales, qui sont importantes tout particulièrement pour la surveillance des entreprises de réassurance. Elles influencent en effet aussi la réputation du secteur suisse de la réassurance. La FINMA doit donc tenir en compte dans sa surveillance, en particulier pour ce qui est des thèmes qui, en raison de la relation de réassurance, peuvent avoir un impact direct et concret sur l'assureur direct qui se réassure.

Titre précédant l'art. 182

Titre 7 Intermédiation d'assurance

Chapitre 1 Champ d'application et définitions

Les dispositions concernant l'intermédiation en assurance sont révisées sur la base des nouvelles prescriptions légales. Afin de faciliter la lecture du chapitre 7, plusieurs articles maintenus sur le fond ont été renumérotés.

Art. 182 Activité à l'étranger

La disposition correspond sur le fond à la réglementation actuelle. À des fins de précision, le titre de l'article a été modifié et plusieurs adaptations ont été apportées.

Art. 182a Intermédiaires d'assurance

Le fait de proposer ou de conclure des contrats d'assurance (cf. définition à l'art. 40, al. 1, LSA) suppose un contact direct avec la clientèle entre personnes présentes (cf. al. 1 ci-dessous) ou non (cf. al. 2, ci-dessous). Si aucun contact avec la clientèle n'a lieu, il n'y a pas d'intermédiation d'assurance. Ainsi, l'intermédiation en assurance implique obligatoirement la fourniture de services ou d'activités à un preneur d'assurance.

Al. 1

Sur la base de la doctrine et de la pratique actuelles, l'al. 1 précise que l'activité de conseil qui s'adresse à des preneurs d'assurance déterminés et vise spécifiquement la conclusion d'un contrat d'assurance constitue également une activité d'intermédiaire d'assurance au sens de l'art. 40, al. 1, LSA. L'intermédiaire d'assurance intervient en règle générale au point de vente (*point of sale*) mais peut aussi – selon le modèle économique – agir à n'importe quel moment dans la chaîne de valeur ajoutée. Les notions de «proposition» et de «conclusion» utilisées ici se rapportent à des personnes physiques et morales qui jouent un rôle actif dans le processus d'aboutissement d'un contrat d'assurance (offre ou conclusion du contrat) en soutenant ou conseillant de manière déterminante le preneur d'assurance. Sont exclus les employés sans responsabilité directe à l'égard de la clientèle, ce qui comprend notamment le personnel administratif ainsi que les personnes en charge de l'accueil ou du transfert des appels de preneurs d'assurance à l'intermédiaire d'assurance pour conseil. Comme dans le droit actuel, ce personnel qui n'entre pas dans la notion d'intermédiaire n'est donc pas soumis à l'obligation d'avoir suivi une formation initiale ou une formation continue au sens de l'art. 43 LSA.

Al. 2

L'élément central de cet alinéa est la neutralité technologique, car l'activité consistant à proposer ou conclure des contrats d'assurance ne saurait être limitée au seul cadre du contact direct en présentiel avec le client et doit être possible également à distance, par voie électronique tels que par le biais d'un site Internet, d'une application smartphone, etc. Cette clarification correspond sur le fond à l'orientation générale de la directive européenne de référence⁴³.

Les let. a et b énumèrent de manière non exhaustive les procédés typiques des plateformes dites comparatives. On considère que les plateformes proposent ou concluent des contrats d'assurance si elles ont un intérêt économique à distribuer un contrat d'assurance; elles sont alors considérées comme des intermédiaires d'assurance. La question de savoir si l'intermédiation est liée ou non liée dépend des définitions générales données à l'art. 40, al. 2 et 3, LSA. N'est en revanche pas concerné, par exemple, un magazine en ligne payant destiné à des consommateurs qui publie sur Internet une liste de ce que la rédaction considère comme de bonnes assurances responsabilité civile pour les propriétaires de chiens et qui fournit en même temps les liens vers les sites Internet des entreprises d'assurance mentionnées. De même, l'al. 2 ne concerne pas la fourniture d'informations, sauf si ces dernières sont données sur la base de critères personnalisés – qui seraient également pris en compte lors d'un entretien de conseil «classique» (let. a *a contrario*). Ainsi, conformément à la pratique actuelle, il est également possible de distinguer la simple transmission d'adresses de l'intermédiation d'assurance. La réglementation correspond aussi à celle de l'UE. Ne relève pas non plus de l'intermédiation en assurance le seul fait de transmettre des informations sur des produits d'assurance ou les données de contact d'intermédiaires d'assurance ou d'entreprises d'assurance à des personnes intéressées, sans aucune forme de soutien à la conclusion d'un contrat d'assurance. Dans ces cas également, il s'agit uniquement de transmettre une adresse ou de donner de simples conseils ou une précision alors que l'activité de conseil est confiée à un intermédiaire d'assurance ou une entreprise d'assurance.

Ces précisions ne disent pas si la transmission de données est juridiquement admise. Il est clair que certaines exigences, découlant notamment de la législation sur la protection des données, doivent être prises en compte. Sont réservées en particulier des activités interdites en lien avec le transfert de données (par ex. sans le consentement ou contre la volonté de la personne concernée) ou l'interdiction de démarchage (prospection à froid).

De même, la simple couverture médiatique ou l'information sur les offres d'assurance par des personnes qui n'ont aucun intérêt économique à proposer ou à conclure un contrat d'assurance et qui ne font que fournir des données et des informations ne relèvent pas de l'intermédiation en assurance (cf. al. 3, ci-dessous).

Al. 3

La disposition délimite les activités qui ne sont pas typiquement à qualifier d'intermédiation en assurance, telles que la simple transmission de données ou d'informations lorsqu'elle n'est accompagnée d'aucune assistance à la conclusion du contrat d'assurance.

Art. 182b Statut apparent d'intermédiaires en assurance non liés

L'art. 182b concerne les cas où une entité apparaît auprès de ses clients comme un intermédiaire non lié, par exemple par l'utilisation de termes indiquant qu'elle est «indépendante» ou qu'elle est «la meilleure offre sur le marché». En règle générale, ce type de pratiques commerciales pourraient être qualifiées d'intermédiation en assurance non liée et les intermédiaires concernés soumis à l'obligation de se faire enregistrer au sens de l'art. 41 LSA.

Art. 182c Comportements prohibés et conflits d'intérêts

Les intermédiaires d'assurance doivent savoir s'ils sont liés ou non liés puisque, dans le cas de base, ils entretiennent des rapports de loyauté avec les preneurs d'assurance (art. 40, al. 2, LSA) et sont soumis à l'obligation d'enregistrement (art. 41, al. 1, LSA). En outre, ils ne peuvent

⁴³ Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (JO L du 2.2.2016, p. 19)

exercer leur activité en tant qu'intermédiaire à la foi lié et non lié (art. 44, al. 1, let. b, LSA). En vertu du devoir de loyauté à l'égard des preneurs d'assurance, l'intermédiaire non lié doit généralement mettre ses propres intérêts au second plan.

Aujourd'hui déjà, l'art. 183, al. 1, let. c à e, et al. 2, actuel contient un catalogue d'interactions d'ordre organisationnel, économique et personnel avec des entreprises d'assurance (conflits d'intérêts) en présence desquelles un intermédiaire d'assurance ne peut être considéré comme non lié et est par conséquent – au sens d'une présomption irréfutable – qualifié d'intermédiaire lié. La présente disposition reprend ce catalogue et décrit, à l'appui de l'art. 45a, al. 3, LSA, des comportements qui, en raison de conflits d'intérêts potentiellement graves, sont incompatibles avec le devoir de loyauté envers les preneurs d'assurance et en tout cas inadmissibles pour un intermédiaire d'assurance non lié.

Comme le prévoit déjà l'ordonnance actuelle (art. 183, al. 1, let. c.), un intermédiaire non lié ne peut conclure avec une entreprise d'assurance aucun accord de collaboration ou autre qui entrave sa liberté de travailler également pour d'autres entreprises d'assurance. Sont également illicites – comme dans le droit actuel (art. 183, al. 1, let. d et e, et al. 2, let a et b) – des participations réciproques directes ou indirectes au capital social à hauteur de plus de 10 % ou des interactions entre l'intermédiaire non lié et une entreprise d'assurance susceptibles d'une manière ou d'une autre d'influencer la marche des affaires.

Il est important de retenir que les activités désignées illicites – comme le prévoit le droit actuel – ne doivent pas avoir pour conséquence d'empêcher un intermédiaire d'assurance d'exercer son activité, mais intègrent la présomption irréfutable que ce dernier exerce en tant qu'intermédiaire lié.

Les intermédiaires sont tenus de communiquer les conflits d'intérêts (art. 45a, al. 2, LSA), ce principe étant également valable pour les entreprises d'assurance (al. 2).

Titre précédant l'art. 182d

Chapitre 2 Registre

Art. 182d Contenu

La disposition actuelle (art. 187 OS) reste pour l'essentiel inchangée. Elle doit être adaptée en raison de la nouvelle exigence légale selon laquelle les intermédiaires d'assurance non liés entretiennent explicitement des rapports de loyauté avec les preneurs d'assurance et agissent dans l'intérêt de ces derniers (art. 40, al. 2, LSA). Par définition, ils ne peuvent donc pas représenter des entreprises d'assurance, contrairement aux intermédiaires d'assurance liés qui peuvent s'enregistrer de façon facultative en vertu du droit en vigueur. L'actuelle let. c de l'al. 1 est donc abrogée. Une modification s'impose aussi du fait que les intermédiaires d'assurance n'ont pas le droit d'exercer simultanément une activité d'intermédiation liée et non liée (art. 44, al. 1, let. b, LSA). L'actuel al. 2 est donc également abrogé.

Le nouvel al. 2 autorise la FINMA, si c'est nécessaire du point de vue de la protection des consommateurs, à publier des informations supplémentaires au registre. Il peut s'agir par exemple du domaine d'activité de l'intermédiaire d'assurance dans le cas où ce celui-ci ne correspondrait pas à sa branche d'assurance. On tient ainsi compte de la dynamique du marché de l'intermédiation tout en assurant la transparence des informations pour les preneurs d'assurance et les entreprises d'assurance.

Art. 183 Obligation d'enregistrement

Il s'agit ici de préciser que l'obligation d'enregistrement des intermédiaires d'assurance non liés qui est prévue à l'art. 44, al. 1, LSA, vaut aussi bien pour les entreprises individuelles et les sociétés de personnes que pour les personnes morales. La FINMA indique dans le registre avec une mention spéciale les personnes que celles-ci emploient et qui proposent ou concluent des contrats d'assurance au nom de leur employeur. Cela est conforme à la pratique actuelle de la FINMA.

Le contenu de l'actuel art. 183 OS régissant l'obligation d'enregistrement peut être abrogé. Cette disposition servait à établir une distinction entre les activités d'intermédiation en assurance liées et non liées et à déterminer quels intermédiaires d'assurance avaient l'obligation de s'inscrire dans le registre de la FINMA, et lesquels en avaient le droit. Dans la LSA révisée, cette distinction s'opère déjà au niveau de la loi (art. 40, al. 2 et 3, et 44, al. 1, let. b, LSA) et elle est concrétisée dans le nouvel article de l'OS relatif aux activités prohibées (art. 182c). Après la présente modification, les intermédiaires d'assurance non liés entretiendront des rapports de loyauté avec les preneurs d'assurance. Cet élément est à lui seul déterminant pour établir la distinction avec les intermédiaires liés. La loi ne prévoit plus la possibilité de s'inscrire dans le registre de la FINMA pour les intermédiaires d'assurance liés.

Art. 184 Demande d'enregistrement

Les documents et informations exigés pour l'enregistrement sont à présent énumérés à l'annexe 6. La FINMA s'assure que le requérant jouit d'une bonne réputation et présente toutes les garanties de respect de ses obligations légales (art. 46, al. 1, let. b, LSA). Si elle n'est pas en mesure de le faire sur la base des informations et documents fournis, elle peut demander des justificatifs supplémentaires au cas par cas. On peut par exemple penser à des informations et documents relatifs à d'éventuels liens organisationnels, personnels ou financiers entre le requérant et des entreprises d'assurance.

La FINMA réglera dans une ordonnance les détails techniques du processus d'enregistrement, comme l'interface pour le téléchargement des documents.

Art. 185 Modification de faits

La disposition correspond à l'art. 189 OS en vigueur. En vertu de l'art. 29, al. 2, LFINMA, les assujettis doivent renseigner sans délai la FINMA sur tout fait d'importance susceptible de l'intéresser aux fins de la surveillance. Cette disposition vise notamment toute modification des éléments sur lesquels se fonde l'enregistrement. Dès lors, il est possible de renoncer à la liste non exhaustive que l'on trouve encore dans le droit en vigueur. Les modifications aux al. 2 et 3 sont de nature linguistique.

Titre précédant l'art. 186

Chapitre 3 Conditions à remplir pour exercer l'activité d'intermédiaire

Art. 186 Siège, domicile et succursale

Al. 1

Cette disposition concrétise l'obligation qui est faite aux intermédiaires d'assurance non liés d'avoir leur siège, leur domicile ou une succursale en Suisse.

Sous l'angle de la surveillance, il est suffisant que l'employeur puisse être actionné en Suisse en raison de cette obligation.

Al. 2

Cette disposition sert à clarifier que les salariés d'un intermédiaire d'assurance non lié qui proposent ou concluent des contrats d'assurance au nom de celui-ci ne doivent pas obligatoirement être domiciliés en Suisse. Il suffit que leur employeur ait son siège, son domicile ou une filiale en Suisse.

Al. 3

Les exceptions aux obligations énoncées dans le présent article doivent être très restrictives. Il n'y a aucune raison que la Suisse ouvre son marché sans contrepartie. L'accès au marché ne saurait ainsi être octroyé qu'en cas de réciprocité ou sur la base d'un traité international comme l'Accord sur l'assurance directe et l'intermédiation en assurance entre la Confédération

suisse et la Principauté de Liechtenstein⁴⁴, par exemple. L'exception prévue à la let. c est nécessaire, car les intermédiaires d'assurance fournissent souvent des contrats de réassurance centralement pour plusieurs juridictions. Même les contrats de réassurance entre entreprises d'assurance et entreprises de réassurance suisses sont souvent conclus par le biais d'intermédiaires dont le siège ou le domicile se situe à l'étranger.

Art. 187 Conditions personnelles

Cette disposition est complétée afin de clarifier le fait que, lorsque l'intermédiaire d'assurance est une personne morale, les conditions personnelles doivent aussi être remplies par les personnes chargées de l'administration et de la gestion de l'intermédiaire, de même que par les personnes qui détiennent une participation qualifiée dans l'intermédiaire d'assurance.

Art. 188 Exigences relatives à la gouvernance d'entreprise

Al. 1

Afin de garantir l'accomplissement des obligations prévues par la loi sur la surveillance des assurances ainsi que la bonne réputation exigée à l'art. 40 en relation avec l'art. 46, al. 1, let. b, LSA, les intermédiaires d'assurance devront dorénavant satisfaire à des règles minimales en matière de gouvernance d'entreprise.

Al. 2

Ces règles minimales sont différenciées en fonction de la taille, de la complexité et de la forme juridique de l'intermédiaire, mais aussi de la nature des prestations d'assurance qu'il propose et des risques qui en découlent. En application du principe de proportionnalité, ces règles sont un peu moins strictes que pour les entreprises d'assurance soumises à la surveillance, mais on exigera dans tous les cas une attribution claire des tâches, des compétences et des voies hiérarchiques (let. a). Ainsi, les activités opérationnelles devront être séparées des activités de contrôle (let. b). Il est également essentiel que l'intermédiaire dispose d'une documentation appropriée, en particulier sur le fait qu'il respecte ses obligations d'information au sens de l'art. 45 LSA (let. c). L'intermédiaire d'assurance doit aussi se doter de principes, de processus et de structures propres à garantir le respect des prescriptions légales, réglementaires et internes (let. d). Enfin, l'intermédiaire doit définir des exigences applicables à tous les salariés qui concluent des contrats d'assurance pour lui (let. e) et les cocontractants mandatés doivent être soumis à un mécanisme de contrôle permettant à l'intermédiaire d'assurance de gérer les risques dans ce domaine (let. f).

Art. 189 Garanties financières

Al. 1

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 186), l'assurance devra couvrir la responsabilité civile légale de l'intermédiaire. En d'autres termes, les prétentions qui découlent d'une responsabilité civile contractuelle supérieure aux dispositions légales ne seront pas assurées en cas de violation des obligations de diligence professionnelle. Les prescriptions de la LSA et, en particulier, les dispositions en vigueur du CO fixent les obligations déterminantes de diligence professionnelle des intermédiaires d'assurance non liés.

Al. 2

Comme c'est déjà le cas actuellement, l'intermédiaire est délié de l'obligation de conclure une assurance responsabilité civile si un tiers (généralement son employeur) a conclu une assurance responsabilité civile professionnelle qui l'inclut dans la couverture.

Al. 3

La somme d'assurance de 2 millions de francs par intermédiaire d'assurance correspond au montant de la couverture en vigueur selon le droit actuel. Ce montant devrait être suffisant

⁴⁴ RS 0.961.514

pour couvrir un sinistre de moyenne importance. L'échelonnement des sommes d'assurance a pour but d'éviter qu'il faille procéder à une adaptation du contrat à chaque fois qu'un intermédiaire d'assurance ayant un statut de salarié rejoint ou quitte l'intermédiaire.

Dans les entreprises individuelles et les sociétés de personnes, les personnes chargées de la gestion et de la direction de l'entité comptent comme employés pour la détermination du montant de la couverture requise par le droit de la surveillance, pour autant qu'elles soient enregistrées en tant qu'intermédiaires d'assurance.

Par contre, aucune réglementation de la franchise maximale n'est prévue afin de permettre des solutions de marché flexibles. Comme il s'agit d'une responsabilité civile légale, la marge de manœuvre de l'assureur est de toute manière limitée puisque, conformément à l'art. 59, al. 3, LCA, il ne peut réduire les droits des tiers. Une franchise contraire au principe de l'assurance obligatoire selon la LSA ne serait par conséquent pas opposable aux tiers en cas de sinistre.

Al. 4

Les échelons définis à l'al. 3 s'appliquent également lorsque le recours à des systèmes informatiques ou à d'autres médias dans le cadre de l'activité d'intermédiation d'assurance conduit à une augmentation des volumes de contrats comparable à ce qu'elle aurait été en employant des salariés.

Al. 5

Pour que la couverture d'assurance ne puisse pas être supprimée à court terme, un délai de résiliation ordinaire de trois mois minimum est requis pour l'assurance responsabilité civile professionnelle.

Al. 6

Dans le même esprit, l'obligation de couverture subséquente concerne les cas dans lesquels, par exemple, le dommage n'est découvert qu'après la faillite et la liquidation de l'intermédiaire d'assurance ou encore les cas dans lesquels, en cas de changement de contrat d'assurance, la nouvelle entreprise d'assurance ne prend pas en charge, ou alors seulement en partie, les dommages survenus avant la conclusion du contrat.

Titre précédant l'art. 190

Chapitre 4 Formation initiale et formation continue

Art. 190 Normes minimales

Al. 1

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui aux termes de l'art. 184 OS (auquel se substitue le présent art. 190), les intermédiaires d'assurance doivent disposer des compétences et des connaissances nécessaires à l'exercice de leur activité. Le législateur a prévu que cet aspect soit concrétisé par les entreprises d'assurance et les intermédiaires d'assurance, qui doivent définir des normes minimales en matière de formation initiale et de formation continue qui ne soient pas spécifiques aux entreprises (art. 43, al. 2, LSA). La branche a indiqué être prête à assumer cette tâche. On peut donc estimer que cela débouchera sur des normes de formation judicieuses, proches de la pratique et flexibles. Si, contrairement aux attentes, le Conseil fédéral était amené à intervenir, il s'en tiendrait aux orientations définies dans le présent article.

Les exigences posées pour les normes minimales ont pour but de garantir la réalisation des objectifs de protection de la loi et de s'assurer que les principales compétences et connaissances soient couvertes. La FINMA s'appuiera sur ces critères selon l'art. 7, al. 3, LFINMA, lors de la reconnaissance des normes minimales et le Conseil fédéral aussi, s'il doit agir – par exemple si les normes minimales présentent des lacunes. Les normes minimales reconnues par la FINMA seront contraignantes pour le secteur des assurances ou une partie de celui-ci (par ex. normes minimales différentes pour les intermédiaires liés et les intermédiaires non

liés). Si elle estime que l'une des normes minimales proposées ne répond pas ou plus aux exigences, cette norme devra être améliorée.

Si cela se justifie objectivement, des normes minimales différentes pourront être définies pour couvrir les diverses activités ou exigences des branches d'assurance, et ce compte tenu de l'objectif de protection ainsi que des compétences et des connaissances susmentionnées.

La formation initiale sert à acquérir les compétences et les connaissances nécessaires en vue du premier agrément professionnel et la formation continue, à maintenir ces connaissances, à se spécialiser et à se mettre à jour (renouvellement de l'autorisation).

Afin de permettre aux intermédiaires d'assurance de suivre des modules de cours ancrés dans la pratique, ils peuvent prendre en charge des échanges avec les clients de manière autonome, pour autant que certaines conditions visant à protéger les assurés soient prévues dans les normes minimales élaborées par la branche et approuvées par la FINMA. Ces conditions comprennent notamment: l'exercice de l'activité auprès d'une entreprise d'assurance ou d'un intermédiaire d'assurance soumis à la surveillance, l'information transparente des preneurs d'assurance, la limitation de l'activité dans le temps, l'attestation par un examen du niveau de formation nécessaire pour l'exercice de l'activité, et la répartition claire des responsabilités.

Al. 2

L'al. 2 concrétise les normes minimales concernant les compétences et les connaissances de base que doivent acquérir tous les intermédiaires d'assurance. Il est évident que celles-ci peuvent être différenciées en fonction de l'ampleur des connaissances requises selon les profils. On peut par exemple penser aux garagistes, qui ne font que de l'intermédiation d'assurances de véhicules automobiles, ou aux intermédiaires qui ne sont actifs que dans la branche de l'assurance-maladie. La connaissance des produits qui relèvent d'autres branches d'assurance, comme les assurances vie, ne revêt qu'une importance mineure dans de tels cas et les normes minimales peuvent en tenir compte de manière adéquate. Les restrictions qui en découlent par rapport à un intermédiaire d'assurance ordinaire sont naturellement que le champ d'activité autorisé est limité pour les personnes concernées.

Al. 3

Comme le prévoit déjà le droit en vigueur, les intermédiaires d'assurance doivent démontrer qu'ils remplissent les normes minimales de formation en réussissant un examen qui permette de contrôler et de valider les compétences et les connaissances des candidats de manière objective et fiable. La formation continue pourra être attestée non seulement par des examens, mais aussi par des activités d'apprentissage documentées, comme cela est déjà le cas dans le domaine des assurances privées. Il s'agira d'en définir les modalités concrètes dans les normes minimales. L'al. 3 de l'actuel art. 184 peut être abrogé étant donné que les normes minimales devront aussi définir les titres jugés équivalents aux fins de la formation initiale et de la formation continue.

Art. 190a Respect des normes minimales

Le respect des normes minimales de formation continue devra être contrôlé. Il s'agit d'une tâche nouvelle qu'il paraît judicieux, par analogie avec le domaine des examens, de confier aux organisations de branche dont les normes minimales ont été reconnues par la FINMA.

Les organisations de branche peuvent confier l'organisation des examens et la délivrance des diplômes à des tiers.

L'externalisation des examens est une pratique devenue courante depuis la dernière révision de l'OS, en 2005. Elle a fait ses preuves en allégeant la charge de travail de l'autorité de surveillance. Quelque 2000 candidats participent annuellement aux examens d'intermédiaire d'assurance (écrits et oraux) de l'Association pour la formation professionnelle en assurance (AFA).

Titre précédant l'art. 190b

Chapitre 5 Rapports et obligation d'information

Art. 190b

Cette nouvelle disposition relative aux rapports des intermédiaires d'assurance vise à améliorer les bases d'information et donc l'efficacité de la surveillance de la FINMA sur les intermédiaires, cette dernière ayant été renforcée par le Parlement dans le cadre de la révision de la LSA afin de protéger les assurés. La surveillance des intermédiaires doit elle aussi s'accompagner de la possibilité d'imposer la pression nécessaire pour que les intermédiaires satisfassent aux exigences légales. Dans ce cadre, et afin de protéger efficacement les clients contre les abus, il ne doit pas s'agir d'une surveillance uniquement répressive, mais également préventive, qui se fonde sur les données collectées. Il n'est pas concevable que la surveillance n'intervienne qu'une fois que les intérêts des preneurs d'assurance ont déjà été lésés. En conséquence, les prescriptions mentionnées dans cet article sont indispensables. Certes, les intermédiaires d'assurance inscrits au registre doivent, en vertu de l'art. 185 OS, communiquer à la FINMA toute modification des faits pertinents pour l'enregistrement. Toutefois, les faits couverts par l'obligation de rapport et d'information ne sont eux pas concernés, ou seulement en partie, comme il ressort des explications ci-dessous.

La FINMA a l'intention de procéder à une première collecte de données en 2025 pour l'année 2024, laissant ainsi suffisamment de temps au secteur pour se préparer aux nouvelles obligations en matière d'établissement de rapports. Sur le plan formel, la collecte pourra être effectuée au moyen d'un formulaire électronique, ce qui devrait permettre de limiter autant que possible la charge de travail des entreprises soumises à la surveillance.

Étant donné que seuls les intermédiaires d'assurance inscrits au registre (en règle générale des intermédiaires non liés) sont soumis à la surveillance directe de la FINMA, il est logique que l'art. 190b ne soit directement applicable qu'à ces derniers. Du point de vue du droit de la surveillance, les intermédiaires liés sont rattachés à l'entreprise d'assurance pour laquelle ils travaillent, soit l'entreprise pour laquelle ils offrent ou concluent des contrats d'assurance au sens de l'art. 40 LSA. Ils ne font l'objet de la surveillance de la FINMA que de manière indirecte, par le biais de la surveillance de l'entreprise d'assurance concernée. Il revient donc naturellement à cette dernière, en raison de son obligation d'exercer une surveillance directe sur les intermédiaires qui lui sont liés, de vérifier qu'ils jouissent d'une bonne réputation et qu'ils présentent toutes les garanties de respect des obligations découlant de la LSA. De son côté, la FINMA ne pourra récolter des indicateurs et des informations sur la réputation et le respect des obligations des intermédiaires d'assurance liés que de manière indirecte, dans le cadre de ses activités de surveillance ordinaires relatives aux entreprises d'assurance.

Al. 1

L'al. 1 fixe le principe selon lequel la FINMA est habilitée à recueillir auprès des intermédiaires d'assurance inscrits au registre les principaux indicateurs et les informations essentielles dont elle a besoin pour exercer sa surveillance. En règle générale, les intermédiaires d'assurance disposent déjà des informations et indicateurs à traiter sous forme de données brutes et les utilisent pour piloter leur activité d'intermédiation en assurance. La mise à disposition des principaux indicateurs et informations implique donc, dans la plupart des cas, une charge de travail négligeable.

Al. 2

Cette disposition précise les personnes pour lesquelles la FINMA recueille les données visées à l'al. 1. Il est notamment clair que les intermédiaires d'assurance salariés ne doivent pas fournir d'informations directement à la FINMA.

Al. 3

- Let. a: les intermédiaires d'assurance soumis à l'obligation d'enregistrement ne peuvent exercer leur activité que s'ils sont inscrits au registre visé à l'art. 42 LSA. L'inscription au

registre a lieu une fois qu'ils ont apporté la preuve qu'ils remplissent toutes les conditions prévues à l'art. 41, al. 2, LSA ce qui s'applique également aux intermédiaires d'assurance liés inscrits sur demande conformément à l'art. 42, al. 4, LSA. Pour s'assurer que les conditions sont remplies non seulement au moment de l'enregistrement, mais aussi en permanence par la suite, la FINMA doit disposer des informations nécessaires à cet effet. À cet égard, il ne suffit pas que les intermédiaires d'assurance soient tenus, en vertu de l'art. 185 OS, de communiquer toute modification des faits déterminants pour l'enregistrement, car il serait ainsi à la seule discrétion des intermédiaires soumis à la surveillance de fournir les informations nécessaires à la FINMA.

- Let. b: désormais, la LSA (art. 40 en lien avec l'art. 46, al. 1, let. b) exige que les intermédiaires d'assurance présentent toutes les garanties de respect des obligations découlant de la LSA. La question de savoir si cette condition, essentielle pour la protection des assurés dans le cadre de l'activité d'intermédiation en assurance, est remplie se pose non seulement au commencement de leur activité ou au moment de l'enregistrement, mais aussi et surtout tout au long de l'exercice de leurs activités. Ainsi, en ce qui concerne notamment les exigences relatives à la gouvernance d'entreprise (art. 188 OS), seule la pratique montrera si les principes déterminés par les intermédiaires d'assurance seront effectivement appliqués et si les documentations seront établies comme prévu. La LSA prévoit désormais que les intermédiaires d'assurance ne peuvent exercer leur activité qu'en tant qu'intermédiaires liés ou non liés (art. 40, al. 2 et 3, LSA). Cette distinction est centrale pour la relation contractuelle avec le preneur d'assurance. Comme le statut d'intermédiaire lié ou non peut changer au fil du temps en fonction de l'activité commerciale, la FINMA doit pouvoir obtenir des données afin de déterminer si le statut déclaré lors de l'enregistrement est toujours valable. La FINMA doit également disposer des bases nécessaires pour évaluer si les intermédiaires d'assurance respectent leurs obligations d'information au point de vente (*point of sale*) dans le cadre de leur activité (cf. art. 39h et 45 LSA), s'ils identifient d'éventuels conflits d'intérêts (cf. art. 45a LSA), s'ils respectent leurs obligations en matière de rémunérations (cf. art. 45b LSA), si le montant de la couverture de l'assurance responsabilité civile professionnelle pour les sinistres correspond au montant minimum prescrit (cf. art. 89, al. 3, OS) et si les intermédiaires d'assurance n'exercent pas d'activité prohibée (art. 182c OS).

La FINMA pourra vérifier la plausibilité de ces données pour toutes les entreprises soumises à la surveillance, ce qui lui permettra également d'exercer des activités de surveillance préventive. En revanche, d'autres indicateurs et informations – par exemple ceux relatifs à la situation financière, à la solvabilité, etc. de l'intermédiaire d'assurance inscrit au registre – ne sont pas couverts par la notion de «principaux indicateurs et informations essentielles» et ne sont donc pas soumis à l'obligation de rendre compte.

Al. 4

Il est clair que la FINMA accordera l'attention nécessaire au principe de proportionnalité lors de la collecte des indicateurs et des informations susmentionnés. Le type et l'étendue des données demandées dépendront notamment, selon les cas d'espèce, des risques auxquels les assurés sont concrètement exposés dans le cadre de l'opération d'intermédiation concernée. Le fait qu'un intermédiaire d'assurance inscrit au registre se charge d'une clientèle privée ou d'une clientèle d'affaires sera également déterminant.

Al. 5

L'al. 3 accorde à la FINMA la compétence de régler elle-même les détails techniques de l'établissement des rapports qu'il s'avère nécessaire de préciser et notamment de fixer la date du rapport annuel. D'une manière générale, la FINMA peut ainsi suivre le rythme des nouvelles technologies et traiter les indicateurs et informations reçus avec un degré élevé d'automatisation. Les possibilités offertes par la numérisation permettent d'espérer des gains d'efficacité.

Art. 190c

La disposition correspond à l'art. 190 en vigueur.

(Titre 8 Groupes et conglomérats d'assurance

Chapitre 1 Groupes d'assurance

Section 2 Gestion des risques)

Art. 195, al. 3

Cette disposition exige la création d'une fonction d'actuaire à l'échelon du groupe, dont la responsabilité s'étend aussi à l'ensemble du groupe, comme l'exigent les normes de l'Association internationale des contrôleurs d'assurance (AICA). Le renvoi à l'art. 24 LSA est un renvoi par analogie et ne vise donc pas la personne de l'actuaire responsable. Les entreprises d'assurance ont toute latitude dans l'organisation de la fonction d'actuaire sur le plan personnel. Cette fonction a notamment pour but de veiller à la constitution de provisions techniques suffisantes à l'échelle du groupe d'assurance.

Titre précédant l'art. 197a

Section 2a Instruments de surveillance des groupes

Remarque préliminaire concernant les art. 197a à 197e

Les règles relatives au plan de stabilisation applicables aux entreprises d'assurance en vertu de l'art. 22a LSA et des dispositions d'exécution de l'OS sont également valables pour les groupes d'assurance (art. 67, al. 4, LSA).

En outre, les dispositions ci-après, relatives à la surveillance des groupes, sont également valables pour la surveillance des conglomérats d'assurance en vertu de l'art. 204 OS.

Art. 197a Établissement du plan de liquidation

Cette disposition donne à la FINMA la compétence d'établir un plan de liquidation en tenant compte équitablement des intérêts de la surveillance et de ceux de la branche. L'autorité de surveillance doit disposer à cet égard d'une marge discrétionnaire assez étendue, afin de pouvoir prendre en considération les particularités du cas d'espèce et du contexte. Les conditions ne doivent donc pas être définies de façon trop restrictive, afin que la FINMA ne soit pas empêchée d'établir un plan de dissolution alors qu'elle l'estime nécessaire. Elle doit notamment avoir la possibilité de prévoir un plan de liquidation même si la nature prudentielle de ses motifs n'est que très difficile à démontrer. Les groupes d'assurance ont en revanche un intérêt légitime à ce que les conditions dans lesquelles elles peuvent faire l'objet d'un plan de liquidation, ainsi que les obligations de collaborer et d'informer qui en découlent, soient définies le plus clairement possible. Dans cette optique, les conditions à l'établissement d'un plan de liquidation qui sont énoncées dans cette disposition s'alignent sur celles prévues à l'art. 98c pour les plans de stabilisation des entreprises d'assurance, mais en conférant à la FINMA une plus grande souplesse, qui est objectivement nécessaire s'agissant des groupes. La mise en place d'un plan de liquidation ne constitue pas en soi une indication de l'importance systémique de l'entreprise. Il faudra bien entendu tenir compte des éventuels plans de stabilisation lors de l'établissement du plan de liquidation, mais ils ne devront pas impérativement servir de point de départ pour celui-ci. Naturellement, le plan de liquidation de la FINMA n'exigera pas la production d'informations qui sont déjà disponibles dans un plan de stabilisation. En outre, il va de soi que le groupe ou le conglomérat devra être impliqué dans la définition ou la révision de la stratégie de liquidation.

Art. 197b Contrôle du plan de liquidation

Cette norme est à placer dans le contexte international du *ComFrame*⁴⁵ 12.3.b et du *Resolvability Assessment*, selon lequel une révision régulière est prévue. La FINMA dispose d'une

⁴⁵ Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups, de novembre 2019, consultable à l'adresse www.iaisweb.org

marge d'appréciation dans la fixation du rythme des révisions, mais il est d'ores et déjà certain qu'une révision annuelle des plans ne sera pas nécessaire.

Art. 197c Rapports

S'agissant des rapports, les commentaires relatifs à l'art. 98e concernant les plans de stabilisation s'appliquent en principe par analogie. Les plans de liquidation et de dissolution sont interdépendants, dans la mesure où les plans de dissolution des groupes interviennent dans un deuxième temps, après les plans de liquidation des entreprises d'assurance.

Art. 197d Système d'information à l'échelle du groupe

En conformité avec les normes et procédures internationales établies, les systèmes d'information d'un groupe d'assurance doit permettre d'obtenir des informations dans trois cas de figure: établissement d'un plan de dissolution (*resolution plan*), évaluation de la solvabilité (*solvability assessment*), mise en œuvre de la dissolution (*resolution*) (cf. *ComFrame* 12.3.c). Il suffit que le contenu matériel des informations soit conforme à cette exigence; les compagnies d'assurance ne doivent pas introduire un système d'information uniforme supplémentaire.

Art. 197e Groupes d'assurance actifs à l'international

Le contenu matériel de cette disposition s'appuie également sur les normes et procédures internationales établies du *ComFrame*.

(Section 3 Solvabilité)

Remarque préliminaire concernant les art. 198 à 198c

La nouvelle version des art. 198 à 198c concerne le SST de groupe. Leur contenu correspond aux dispositions du droit actuel, étant entendu que certains aspects traités aux ch. 193 à 196 de la circulaire FINMA 2017/3 ont été intégrés dans l'ordonnance.

Art. 198 Détermination et rapport

L'al. 1 reprend tel quel l'art. 198 OS en vigueur, à l'exception des renvois qui ont été mis à jour. Les al. 2 et 3 reprennent tel quel le contenu des ch. 195 et 196 de la circulaire FINMA 2017/3.

Les règles applicables aux entreprises d'assurance s'appliquent par analogie aux groupes d'assurance. Cela veut dire qu'elles doivent être appliquées aux groupes dans toutes les situations où cela est judicieux, en particulier pour la détermination de la solvabilité, le rapport sur la solvabilité, ainsi que pour les mesures et les interventions (art. 51 à 53 P-OS). Cela étant, les mesures qui peuvent être prises à l'encontre d'une entreprise d'assurance en tant qu'entité juridique (comme le retrait de l'autorisation) ne sont pas toutes possibles pour les groupes, car la société holding d'un groupe d'assurance ne dispose pas, par exemple, d'une licence d'assurance. En revanche, les autres mesures protectrices prévues à l'art. 51 LSA peuvent très bien être appliquées au niveau d'un groupe d'assurance, notamment pour s'assurer que celui-ci ait une solvabilité de groupe suffisante. Le renvoi par analogie se conçoit en outre comme une clause générale pour tous les cas de figure qui ne sont pas couverts par ailleurs. Cela concerne par exemple les art. 37 et 38 P-OS, pour les instruments de capital amortisseurs de risque au niveau du groupe. L'application par analogie se traduit ici par le fait que les exigences au niveau du groupe sont aussi valables pour le SST granulaire.

Art. 198a, al. 1 et 1^{bis}

Cette disposition reprend, en y ajoutant de petites adaptations linguistiques et terminologiques, les dispositions actuelles, complétées d'un al. 1^{bis} qui correspond à une partie du ch. 193 de la circulaire FINMA 2017/3.

Art. 198b, al. 5

Le nouvel al. 5 reprend le ch. 194 de la circulaire FINMA 2017/3 en utilisant l'expression «entité granulaire» tirée du ch. 190 de la circulaire FINMA 2017/3, afin de désigner l'entité juridique ou un cluster, selon les cas.

Art. 198d Instruments de capital amortisseurs de risque

Selon la pratique actuelle, des instruments de capital amortisseurs de risque sont également émis par les groupes d'assurance et les prescriptions de l'actuel art. 22a OS s'appliquent par analogie. Le présent art.198d codifie cette pratique pour l'imputation et la prise en compte dans le SST de groupe consolidé, afin de créer des conditions claires et d'améliorer la sécurité juridique.

Al. 1

Les let. a à f indiquent comment ces instruments doivent être imputés ou pris en compte à l'échelon du groupe.

- Let. a: les exigences prévues à l'art. 37 P-OS doivent être remplies eu égard aux sociétés émettrices du groupe.
- Let. b: Il est explicitement précisé que l'interdiction des sûretés s'applique également à la société mère et aux autres sociétés du groupe, afin que l'effet amortisseur de risque ne puisse pas non plus être contourné par des sûretés à l'échelon du groupe.
- Let. c: les événements *triggers* au sens de l'art. 37, al. 1, let. c, P-OS, se rapportent également au quotient SST venant du SST de groupe consolidé ainsi qu'au risque d'insolvabilité de la société mère du groupe. Cela sert à éviter que des moyens financiers provenant d'instruments de capital amortisseurs de risque n'échappent à un groupe, alors que celui-ci et la société mère du groupe qui le représente ne satisfont plus aux exigences du SST consolidé ou sont menacés d'insolvabilité.
- Let. d: les instruments de capital amortisseurs de risque dans le SST consolidé de groupe peuvent également être imputés ou pris en compte, sous certaines conditions, lorsqu'il existe des garanties liées à ces instruments. Il convient toutefois de tenir compte du fait que l'émetteur de l'instrument et le garant sont généralement considérés par les créanciers comme une seule et même entité économique. Conformément à la réalité économique, ils doivent donc être traités comme une seule entité sur le plan juridique. En particulier, le garant doit par conséquent satisfaire aux exigences relatives à l'émetteur.

Dans la pratique, il est notamment courant de procéder à une émission par le biais de *Special Purpose Vehicles (SPV)* étrangers, qui sont garantis par une entreprise d'assurance suisse du groupe d'assurance et dont le produit de l'émission est transféré à l'entreprise d'assurance par l'intermédiaire d'un prêt (souvent interne au groupe). L'entreprise d'assurance suisse joue ainsi un double rôle, agissant à la fois comme garant des émissions sur le marché externe des capitaux et comme emprunteur au sein du groupe. Dans de telles situations ainsi que dans d'autres cas de figure, le garant, le SPV et plus généralement le groupe peuvent être exposés à un risque de double paiement. L'entreprise d'assurance pourrait, par exemple, être tenue de payer à la fois la créance au titre de la garantie et la créance au titre du prêt intragroupe. Les mesures appropriées doivent être prises pour limiter ces risques de double paiement.

- Let. e: des dispositions appropriées doivent être prises pour que la fonction d'absorption des instruments de capital amortisseurs de risque soit préservée à l'échelle du groupe également. On peut notamment envisager des dispositions contractuelles en ce sens. En ce qui concerne les accords contractuels, il convient toutefois de noter qu'il serait peu pratique, dans les faits, d'exiger une garantie absolue à cet égard; une garantie appropriée devrait suffire.

Al. 2

Afin de garantir la sécurité juridique, le présent alinéa précise que la non-prise en compte de l'instrument de capital amortisseur de risque lors de la constatation du surendettement au sens de l'art. 51a, al. 4, LSA – correspondant aux formes d'émission répandues dans la pratique – inclut également les créances découlant de garanties. Les exigences relatives au respect par analogie de l'art. 51a, al. 4, let. a à c, LSA ne doivent pas être élevées dans ce contexte, car une garantie ne peut pas être assimilée juridiquement à une créance provenant d'un prêt ou à un emprunt (par ex. un garant peut ne promettre que des dommages-intérêts) et car le garant n'est pas nécessairement une entreprise d'assurance suisse soumise au SST solo.

Il convient de préciser que l'al. 2 ne définit pas de condition d'imputation; il s'agit plutôt d'une clarification de l'art. 51a, al. 4, LSA relatif à la non-prise en compte des créances lors de la constatation du surendettement. L'al. 2 n'exclut pas que les garants étrangers soient autorisés; la garantie étrangère ne doit toutefois pas entraver de manière notable l'effet de l'instrument de capital amortisseur de risque au sens de l'art. 3.

Al. 3

À cet égard, il peut être renvoyé par analogie au commentaire relatif à l'art. 37, al. 4.

Al. 4

Par analogie avec l'art. 37, al. 8, et conformément au droit en vigueur, la FINMA peut également définir les critères d'imputation et de prise en compte des instruments de capital amortisseurs de risque au niveau du groupe.

Art. 203

La modification est de nature purement linguistique.

Art. 203b et 206a

Comme expliqué précédemment dans le commentaire relatif à l'art. 1a, ces deux dispositions sont désormais intégrées à l'art. 1a et peuvent donc être supprimées ici.

Art. 216c Disposition transitoire relative à la modification du 2 juin 2023

Al. 1

La nouvelle législation établit le système d'instruments de capital amortisseurs de risque de tier 1 et de tier 2. S'agissant de l'imputation, le régime transitoire met en balance les intérêts du maintien des instruments amortisseurs du risque approuvés dans le droit actuel et l'introduction de la nouvelle législation améliorée. Il s'agit notamment de tenir compte du fait que les anciens instruments ne peuvent pas être dénoncés avec effet immédiat sans encourir une perte de confiance et que leur refinancement à court terme ne sera vraisemblablement pas possible aux mêmes conditions sans inconvénients majeurs pour les entreprises d'assurance.

Le nouveau droit s'applique aux nouveaux instruments émis. Le remboursement d'un instrument en cours met aussi un terme à une confiance légitime dans la partie de portefeuille concernée. Le maintien des instruments en cours est toutefois limité dans le temps, puisque le délai transitoire de 10 ans à compter de l'entrée en vigueur de la révision de l'OS est fixe. Sans ce délai absolu, le nouveau droit ne pourrait déployer pleinement ses effets dans un délai raisonnable. La FINMA peut prolonger ce délai dans des cas justifiés afin d'éviter des cas de rigueur.

Al. 2

Cette disposition s'appuie sur les instructions relatives à l'élaboration du rapport SST 2022 (version du 28 octobre 2021) et autorise la pratique actuelle jusqu'à fin 2027.

Al. 3

Un délai transitoire de trois ans permettra à toutes les entreprises d'assurance une transition douce vers le nouveau régime applicable à la fortune liée, qu'elles aient déjà déposé une demande selon l'art. 79, al. 1, ou non. Cependant, après l'entrée en vigueur de la modification de l'OS, les nouvelles valeurs ne pourront être attribuées à la fortune liée que si certaines conditions sont remplies.

Al. 4

Cette disposition confère à la FINMA la compétence d'accorder des délais transitoires plus généreux (mais pas plus restreints) aux entreprises d'assurance. Il s'agit notamment d'éviter que des entreprises d'assurance qui ont investi dans des valeurs patrimoniales en se fondant légitimement sur le droit en vigueur ne soient contraintes de procéder à des «ventes d'urgence» inacceptables et à en supporter les conséquences économiques négatives. On peut par exemple penser aux hypothèques des entreprises d'assurance qui ne font pas l'objet d'une liste de valeurs appropriées. Grâce à l'autorisation de la FINMA, les entreprises concernées ne seront pas obligées de résilier ou de revendre ces hypothèques à l'échéance du délai transitoire ordinaire.

Al. 5

Pour que l'autorité de surveillance puisse aussi disposer des informations et des documents requis au sujet des intermédiaires d'assurance non liés qui sont déjà inscrits au registre selon l'art. 42 LSA, ceux-ci doivent lui fournir une documentation complémentaire. Un délai transitoire approprié de six mois est fixé à cet effet.

Pour ceux qui s'inscriront au registre après l'entrée en vigueur de la modification de l'OS, les conditions à respecter seront celles fixées directement dans la procédure d'enregistrement.

Al. 6

Au moment de l'élaboration de la présente modification de l'ordonnance, la Suisse et le Royaume-Uni étaient en train de négocier un accord de reconnaissance mutuelle (ARM) dans le domaine des services financiers. Dans ce contexte, il est possible qu'après l'entrée en vigueur de la LSA et de l'OS révisées, les intermédiaires d'assurance du Royaume-Uni doivent exercer leur activité d'intermédiation à partir d'un lieu en Suisse, mais que cette obligation ne les concerne plus après l'entrée en vigueur ultérieure de l'ARM. Afin d'éviter une série de changements de régime, la FINMA obtient ici la compétence d'accorder des dérogations à la présente obligation par le biais d'un régime transitoire, si cela semble justifié.

Al. 7

Aujourd'hui, les intermédiaires d'assurance inscrits au registre de la FINMA doivent déjà démontrer leur qualification professionnelle en réussissant un examen ou en présentant un titre équivalent (art. 184 OS). Dans l'optique de la garantie des droits acquis, il semble juste et proportionné de reconnaître les examens préalablement réussis par les intermédiaires déjà inscrits au registre selon l'art. 42 LSA lors de l'entrée en vigueur de la modification de l'OS. Les justificatifs de formation continue font l'objet d'une réserve et ne sont pas couverts par cette garantie des droits acquis.

Al. 8

Un délai raisonnable doit être accordé à la branche pour permettre la mise en œuvre des obligations d'information spécifiques aux produits d'assurance sur la vie.

(Annexes)

Annexe 2 (Catégorisation des entreprises d'assurance)

Sur ce sujet, nous renvoyons aux explications fournies au sujet de l'art. 1b, al. 2.

Annexe 3 (Expected Shortfall)

L'*expected shortfall*, qui faisait précédemment l'objet de l'annexe 2, est déplacé à l'annexe 3. Pour le reste, nous renvoyons aux explications fournies au sujet de l'art. 36.

Annexe 4 (Feuille d'information de base dans l'assurance sur la vie qualifiée: ampleur, langue et conception)

Ch. 1 Prescriptions de forme

Ces prescriptions ont toutes pour but de permettre la comparaison entre les assurances sur la vie qualifiées conformément à l'art. 39c, al. 1, LSA. La feuille d'information de base doit être courte, concise et facile à comprendre.

Ch. 2 Modèle

Les auteurs des assurances sur la vie qualifiées doivent s'en tenir à la structure du modèle de la feuille de base (ordre et titre des rubriques). Il n'y a aucune directive sur l'ordre des informations au sein des différentes rubriques, la longueur de ces dernières et l'emplacement des sauts de page.

Ch. 3 Informations relatives à la nature du produit

Ce point définit les informations qui doivent être fournies à la rubrique «De quel type de produit s'agit-il?» de la feuille d'information de base. Contrairement à ce qui est exigé à l'annexe 9 de l'OSFin, dans le domaine des assurances il est possible de se passer d'une description de la forme juridique de l'assurance sur la vie qualifiée, puisqu'il s'agit normalement d'un contrat d'assurance selon la LCA. Ce contrat, y compris les instruments financiers qui entrent dans le champ des possibilités de placement des assurances sur la vie qualifiées, est entièrement soumis au droit suisse.

Selon le ch. 3.2, il faut fournir les informations essentielles concernant les prestations de l'assurance sur la vie qualifiée, y compris celles relatives aux événements qui les rendent exigibles. Si les prestations et les primes de risque dépendent de l'évolution réelle de la valeur des placements, il convient d'attirer l'attention des preneurs d'assurance d'une façon intelligible sur les conséquences potentiellement négatives de cette interdépendance (let. a).

Selon le ch. 3.3, il faut décrire la nature et les caractéristiques des instruments financiers utilisés dans le processus d'épargne. La portée et le contenu de cette description doivent être conformes aux prescriptions applicables aux instruments financiers soumis à la LSFIn (cf. annexe 9, ch. 3.2.1, OSFin). Il faut toutefois tenir compte des particularités propres aux assurances sur la vie qualifiées. C'est la raison pour laquelle la let. c exige aussi des déclarations portant sur les garanties ou les sûretés dans le processus d'épargne et des informations relatives aux garants ou aux bailleurs assurant la protection des capitaux. Dans la mesure où une feuille d'information de base est disponible pour un instrument financier selon l'art. 3, let. a, LSFIn, il est possible d'y renvoyer.

Les informations sur le groupe cible et le marché cible visées au ch. 3.4 sont facultatives, par analogie à la feuille d'information de base des instruments financiers soumis à la LSFIn.

Ch. 4 Informations concernant le profil de risque du processus d'épargne

Ce chiffre énonce les informations qui doivent être fournies à la rubrique «Quels sont les risques et que peut-on obtenir en contrepartie?» de la feuille d'information de base.

Il convient de relever que la présentation d'un indicateur de risque n'est pas obligatoire, par analogie aux indications relatives au profil de risque du produit qui doivent être fournies dans la feuille d'information de base des instruments financiers soumis à la LSFIn (cf. annexe 9, ch. 4, OSFin), mais en dérogation aux exigences de la législation de l'UE en vigueur. Cela est justifié par le fait que, dans le domaine des assurances sur la vie qualifiées, le calcul d'un

indicateur de risque peut conduire à une distorsion des résultats et induire en erreur les preneurs d'assurance. En effet, en raison de la structure modulaire de ces assurances ainsi que de la possibilité de choisir la stratégie de placement ou du libre choix des instruments financiers qui sous-tendent le processus d'épargne parmi de nombreux instruments financiers, il n'est pas possible de présenter des indicateurs de risque exacts, mais uniquement sous la forme de fourchettes.

La présentation d'un scénario de stress n'est pas non plus exigée, aspect également contesté au sein de l'UE.

Enfin, en raison des caractéristiques des produits de l'assurance sur la vie qualifiée, il peut être renoncé à la présentation de scénarios de performance au ch. 4.3 (contrairement à ce qui est exigé pour les instruments financiers soumis à la LSFIn). Il faut uniquement indiquer dans des termes simples la perte maximale à laquelle s'expose le preneur d'assurance en cas d'investissement dans l'assurance sur la vie qualifiée et, s'il est limité, le rendement maximal qu'il peut obtenir. En vertu de l'art. 129b P-OS (Informations par produit dans l'assurance sur la vie qualifiée), les scénarios de performance doivent être présentés dans l'offre concrète de produits et ce point doit être signalé expressément aux preneurs d'assurance.

Ch. 5 Indications concernant les coûts du produit

Ce chiffre énonce les informations qui doivent être fournies à la rubrique «Quels sont les coûts?» de la feuille d'information de base.

Selon l'art. 129j, il faut donner des informations sur les coûts uniques et récurrents, y compris les coûts encourus lors de la conclusion ou du rachat de l'assurance sur la vie qualifiée. Pour des raisons de proportionnalité, il n'y a pas de liste exhaustive des différents types de coûts et de la manière de les calculer.

Ch. 5.1

Les coûts globaux correspondent à l'ensemble des coûts énumérés à l'art. 129j, al. 1, P-OS.

Leur présentation revêt la forme d'une réduction du rendement (*reduction in yield, RIY*) pour tous les coûts à l'exception des coûts liés aux risques.

Les coûts liés aux risques couvrent le risque biométrique. Ils doivent être présentés de manière distincte pour chaque type d'assurance, sous une forme nominale, comme une prime d'assurance.

Cette transparence est nécessaire pour que l'assuré puisse comprendre les différentes composantes du produit et déterminer si une combinaison entre couverture du risque et épargne est judicieuse dans son cas, ou si une séparation des composantes d'épargne et de couverture du risque ne comporterait pas des avantages pour lui.

La réduction du rendement vise les coûts des fonds et d'autres coûts. Les coûts des fonds et autres coûts sont l'ensemble des taxes et émoluments dus par les assurés.

Le rendement brut au sens de l'art. 129b, al. 3, let. a, est le rendement des valeurs patrimoniales qui sous-tendent le processus de placement avant toutes les déductions (telles que commissions de fonds) et qui sert de base pour le calcul de la prestation à l'échéance. À cette fin, il est possible de choisir un placement représentatif de l'assurance sur la vie qualifiée qui fait l'objet de la feuille d'information de base. Les coûts liés aux risques sont la somme des primes de risque.

Le calcul de la réduction annuelle du rendement (*RIY*) est basé sur le rendement brut. Si celui-ci ne peut pas être déterminé précisément à l'avance ou ne peut l'être que moyennant des efforts disproportionnés, il convient d'utiliser une valeur d'approximation calculée avec efficacité.

Comme pour le rendement brut, les coûts liés aux risques peuvent être remplacés par une valeur d'approximation ou par une fourchette s'ils ne peuvent pas être déterminés précisément à l'avance ou ne peuvent l'être qu'au prix d'efforts disproportionnés.

Ch. 5.2

Le tableau doit permettre de visualiser les coûts d'entrée, de sortie et de transaction du portefeuille. Les coûts de transaction du portefeuille comprennent notamment les coûts des fonds. Les coûts représentés par ces trois types de coûts sont présentés en tant que réduction du rendement. La réduction du rendement correspondant aux autres frais courants représente la réduction du rendement selon le ch. 5.1.1, let. b, sous déduction des réductions du rendement pour les coûts d'entrée, de sortie et de transaction du portefeuille.

La réduction du rendement totale est la réduction du rendement selon le ch. 5.1.1, let. b.

Les coûts liés aux risques comptabilisés sont les coûts liés aux risques selon le ch. 5.1.1, let. d.

Ch. 6 Indications concernant la résiliation anticipée du contrat d'assurance

Ce chiffre énonce les informations qui doivent être fournies à la rubrique «Est-il possible de résilier le contrat d'assurance par anticipation et de prélever de l'argent avant l'expiration du contrat?» de la feuille d'information de base. Il convient ici de relever que, dans le cadre de la révision de la LSA sur laquelle se fonde la présente modification de l'OS, le législateur avait décidé de ne pas exiger l'indication d'une «durée de détention minimale» dans la feuille d'information de base des assurances sur la vie qualifiées, alors qu'il avait exigé cette information dans les contenus minimaux de la feuille d'information de base des instruments financiers soumis à la LSFIn.

Annexe 6 (Informations et documents destinés à la demande d'enregistrement)

Nous renvoyons ici aux explications fournies au sujet de l'art. 184.

4.2 Ordonnance sur l'assurance des véhicules

Préambule et art. 52, 53 et 54

Les renvois sont adaptés par suite de la modification de l'art. 76 LCR.

Titre précédant l'art. 54a^{bis}

IV. Assainissement et faillite de l'assureur

Le terme «insolvabilité» est remplacé par l'expression «assainissement et faillite» dans l'ensemble de l'ordonnance.

Art. 54a^{bis} Assainissement

Lorsque la procédure d'assainissement prévue à l'art. 52a LSA est ouverte à l'encontre d'une institution d'assurance autorisée à exercer son activité en Suisse dans le secteur de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles et que l'autorité compétente ordonne une réduction des paiements en règlement du dommage, conformément au nouvel art. 76, al. 4, let. b, LCR, le FNG doit prendre en charge le montant correspondant à la réduction des prestations.

En édictant la présente disposition sous le nouveau titre IV, le Conseil fédéral exerce sa compétence réglementaire relative à la couverture en cas d'assainissement qui incombe au FNG (art. 76, al. 5, let. b, LCR). La règle parallèle applicable en cas de faillite assurantielle (art. 76,

al. 4, let. a, LCR) a été révisée et fait toujours l'objet de l'art. 54b OAV. Il ressort en outre clairement du contexte législatif qu'il ne peut s'agir ici que de paiements en règlement de dommages provenant de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles.

Al. 1

La communication de la décision d'approbation du plan d'assainissement au FNG devrait aller de soi puisque la FINMA est censée collaborer avec cette institution. L'obligation de communiquer est toutefois précisée à toutes fins utiles.

Al. 2

En vertu de l'art. 54h LSA, le FNG peut exercer le droit de consulter le dossier comme tout créancier. Ce point est repris explicitement dans l'ordonnance, en limitant ce droit, dans ce cas précis, au portefeuille d'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles.

Al. 3

Le transfert de portefeuille est un scénario probable dans le cadre d'un assainissement. Le cas échéant, ce n'est généralement pas l'assureur visé par l'assainissement qui règle les dommages mais celui qui reprend le portefeuille. Par conséquent, en cas de transfert des obligations de l'assureur visé par l'assainissement à une autre entreprise d'assurance, les obligations prévues dans le présent alinéa sont aussi transférées à l'entreprise d'assurance reprenneuse (cf. l'art. 52c, al. 1, LSA).

Al. 4

Lors de l'ouverture d'une procédure d'assainissement, l'entreprise d'assurance concernée se trouve dans une situation financière critique et, dans cette phase, il n'y a pas lieu d'alourdir ses charges financières, par exemple en exigeant qu'elle préfinance les prestations du FNG, ce qui aggraverait ou du moins favoriserait ses problèmes de trésorerie. Un préfinancement de la part du FNG est donc nécessaire. Tel est l'objet de la présente disposition. Ensuite, un décompte sera effectué à la fin de chaque trimestre. Afin d'éviter des charges administratives ainsi que des paiements et des remboursements constants, un éventuel solde sera régulièrement compensé avec les paiements futurs. Un remboursement effectif par l'entreprise d'assurance visée par l'assainissement ne semble judicieux qu'après le règlement des sinistres connus.

Al. 5

Cette disposition transpose à la procédure d'assainissement le contenu de l'actuel art. 54b, al. 3, OAV applicable en cas de faillite assurantielle.

Art. 54b Faillite

Lorsqu'une procédure de faillite assurantielle est ouverte à l'encontre d'une institution d'assurance autorisée à exercer son activité en Suisse dans le secteur de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles, conformément au nouvel art. 76, al. 4, let. a, LCR, le FNG mène la procédure applicable en matière de règlement préférentiel des prétentions exécutoires et couvre la part des prétentions pour laquelle l'administration de la faillite a délivré un acte de défaut de biens. Il ne peut s'agir ici encore, comme mentionné plus haut, que de prétentions en rapport avec l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles.

Il convient par ailleurs de préciser que la prise en charge des pertes après faillite par le FNG (dans le cadre du règlement normal ou préférentiel) n'a aucune influence sur la manière dont sont traitées les personnes lésées dans le cadre de la procédure de faillite. Le principe de l'égalité de traitement des créanciers interdit en particulier qu'une personne lésée faisant partie de la masse en faillite reçoive un montant inférieur à celui perçu par d'autres créanciers qui font partie de la même masse en faillite ou qui jouissent du même privilège accordé à la fortune liée.

Al. 1

Le FNG ne fournit ses prestations que contre remise de l'acte de défaut de biens, afin de pouvoir éventuellement exercer une action récursoire contre l'assureur failli.

Al. 2

Un règlement du FNG suppose que la personne lésée reconnaisse la quantification de son dommage par l'administration de la faillite et que, par conséquent, les trois conditions mentionnées aux let. a à c soient remplies. De cette manière, le règlement du cas reste du ressort de l'administration de la faillite, qui peut également faire appel, dans ce cadre, aux spécialistes de l'assureur failli. Les connaissances spécifiques au dossier que les collaborateurs chargés du règlement ont déjà acquis sont ainsi conservées, et ne doivent pas être reconstruites de manière coûteuse par le fonds de garantie. Par souci d'exhaustivité, il convient de préciser ici qu'une fois que le FNG a versé le montant encore dû, les droits de la personne lésée sont transférés dans cette mesure au FNG (art. 76, al. 6, LCR).

Un règlement préférentiel par le FNG est également possible lorsque la personne lésée n'obtient rien de la masse de la faillite. La créance de la personne lésée doit alors avoir été évaluée par le liquidateur et la personne lésée doit avoir accepté l'évaluation (de sorte que la créance est légitimée par les deux parties). Le montant effectif versé ensuite par la masse de la faillite n'est pas déterminant. Il peut même être nul.

Al. 3

Avec le règlement anticipé, la LCR entend privilégier les victimes d'accidents de la route (cf. le message concernant la LSA, FF 2020 8637 p. 8720). Pour ces dernières, cet instrument peut être économiquement important, voire vital. Les assureurs privés et sociaux qui exercent une action récursoire n'ont pas besoin d'une telle protection; ils peuvent attendre la fin de la procédure de faillite.

Al. 4

Cette disposition reprend le contenu matériel de l'actuel art. 54b, al. 3, étant entendu que, comme dans le cas de l'assainissement, le Bureau national d'assurance doit se tourner vers l'assureur failli avant de faire valoir ses prétentions à l'égard du FNG.

Art. 54b^{bis} Dispositions communes

Al. 1

Par cette disposition, le Conseil fédéral met en application l'art. 76, al. 5, let. b, LCR, qui l'oblige à définir le montant maximal de la couverture que le FNG doit fournir en cas d'assainissement ou de faillite.

La fixation d'un plafond, qui découle de la loi, est une nécessité, car un système de garantie des assurances ne peut offrir une protection financière intégrale. Le rôle du FNG ne saurait être de couvrir intégralement la défaillance de plusieurs (grands) assureurs en constituant des provisions démesurées qui, conformément à l'art. 76a LCR, devraient être financées par les détenteurs de véhicules automobiles. D'ailleurs, l'idée initiale était bien que l'introduction du droit de l'assainissement dans les assurances irait de pair avec une limitation de la couverture en cas de faillite. Comme la LSA a créé la possibilité de mener une procédure d'assainissement, il est désormais possible de limiter la couverture du FNG en cas de défaillance.

S'agissant du montant de la couverture, qui est fixé à 700 millions de francs, il semble approprié. En effet, partant du volume des provisions des assureurs et de l'hypothèse qu'en cas de faillite le FNG aurait à couvrir 30 % des sinistres, ce montant permettrait de couvrir à environ 150 % une défaillance d'Axa, qui est le plus gros acteur du marché de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles. Il en résulte donc une protection comparativement élevée pour les personnes lésées, compte tenu de la situation financière actuellement solide des grandes sociétés d'assurance et de leur risque d'insolvabilité plutôt faible. On peut encore ajouter qu'en cas d'insolvabilité d'un petit assureur, il est probable que le marché réagirait et

que son portefeuille trouverait rapidement acquéreur, de sorte que le FNG n'aurait même pas besoin d'intervenir.

Selon les projections actuelles, en maintenant la contribution à 3 francs 80 par an par véhicule à moteur, la dotation du fonds atteindra la limite supérieure de responsabilité dans environ 18 ans.

Al. 2

Cette disposition définit les paramètres de la limite supérieure de responsabilité instituée à l'al. 1. La date déterminante pour l'imputation des paiements découlant d'une procédure d'assainissement ou de faillite sur la limite supérieure de responsabilité n'est pas la date du paiement mais uniquement celle de l'ouverture de la procédure. Le délai de cinq ans ne signifie pas que le FNG n'aura à effectuer des paiements que durant les cinq premières années d'une procédure d'assainissement ou de faillite. Les paiements effectués après l'expiration du délai de cinq ans devront aussi être pris en compte dans l'imputation sur la limite supérieure de responsabilité. Ce délai concerne uniquement le blocage de la limite supérieure de responsabilité, pas le montant des paiements imputés. Au plus tard cinq ans après l'ouverture de la procédure, la limite supérieure de responsabilité prévue à l'al. 1 est de nouveau disponible dans son intégralité pour de nouvelles procédures d'assainissement ou de faillite qui seraient ouvertes, sous réserve de paiements à effectuer dans d'autres procédures d'assainissement ou de faillite dont l'ouverture remonte à moins de cinq ans. On dispose ainsi de cinq ans au maximum pour reconstituer le FNG.

Al. 3

Cette disposition règle les priorités lorsque plusieurs procédures d'assainissement ou de faillite sont ouvertes au cours de la période de cinq ans prévue à l'al. 2. Ici aussi, la date qui détermine l'ordre dans lequel le FNG est sollicité et, par conséquent, le calcul des fonds disponibles jusqu'à épuisement de la limite supérieure de responsabilité, est uniquement la date d'ouverture de la procédure (principe du premier arrivé, premier servi). Les paiements effectués après l'expiration du délai de cinq ans devront aussi être pris en compte dans l'imputation sur la limite supérieure de responsabilité. Autrement dit, le fait que des paiements aient été réellement effectués durant les cinq premières années à compter de l'ouverture de la procédure n'est pas déterminant.

Al. 4

Cette disposition règle la question du concours de prétentions au sein d'une procédure d'insolvabilité, dans l'hypothèse où les prestations dues dans le cadre de cette procédure dépasseraient les ressources (encore) disponible du FNG à concurrence de la limite supérieure de responsabilité. Le principe est celui de l'égalité de traitement entre les prétentions de même rang.

Al. 5 et 6

Il appartient à la FINMA d'approuver ou d'ordonner les réductions de prestations fondées sur les dispositions précédentes. Les personnes concernées peuvent contester les décisions de la FINMA et disposent à cette fin des possibilités de recours ordinaires prévues par le droit administratif.

Al. 7

Par souci de clarté, cette disposition précise que le FNG est alimenté, comme c'est déjà le cas, par les contributions versées par les détenteurs de véhicules automobiles conformément aux art. 76a LCR et 58 OAV.

Al. 8

Cette disposition oblige le FNG à investir ses ressources dans des vecteurs sûrs et suffisamment liquides, afin qu'il puisse aussi remplir ses tâches en cas d'assainissement ou de faillite soudain et imprévisible d'une entreprise d'assurance affiliée.

4.3 Ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA

Art. 24, al. 1

Dans le domaine des entreprises d'assurance, la taxe de surveillance comprend une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable (art. 15, al. 3, LFINMA en relation avec l'art. 12, al. 1 et 24 ss, de l'ordonnance du 15 octobre 2008 sur les émoluments et les taxes de la FINMA [Oém-FINMA]⁴⁶). La subdivision de la taxe de surveillance en une taxe de base fixe et une taxe complémentaire variable prend en considération le fait que chaque assujetti entraîne certaines dépenses de base. Celles-ci doivent être couvertes, au moins en partie, par la taxe de base.

La dernière adaptation de la taxe de base pour les entreprises d'assurance et les caisses-maladie a été effectuée en 1999, ou en 2008 pour les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance. Depuis lors, l'activité de surveillance s'est intensifiée, raison pour laquelle les taxes de base ne parviennent actuellement à couvrir qu'une faible partie des dépenses de base, même pour les plus petits assujettis. C'est pourquoi la taxe de base sera augmentée pour les entreprises d'assurance, les caisses-maladie soumises à la FINMA conformément à la LSA, les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance.

L'augmentation prévue de la taxe de base est modérée et contribuera au fait que celle-ci puisse à nouveau couvrir une proportion plus élevée des dépenses de base engendrées par chaque assujetti. L'augmentation de la taxe de base se traduira ainsi par une répartition des coûts totaux du secteur de l'assurance entre les assujettis plus conforme au principe de causalité. Les coûts totaux n'en seront pas affectés, seule la taxe de base couvrira un pourcentage plus élevé, que les taxes complémentaires ne doivent pas supporter.

Art. 25, al. 1 et 4

Al. 1

Le montant financé par la taxe complémentaire doit actuellement être couvert à raison de quatre cinquièmes par les entreprises d'assurance et les caisses-maladie soumises à la surveillance de la FINMA conformément à la LSA, et d'un cinquième par les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance (art 25, al. 1, Oém-FINMA).

Les perceptions des taxes réalisées par la FINMA ont montré que la clé de répartition nécessitait une révision. Depuis quelques années, la surveillance de groupe s'effectue de plus en plus par le biais de la surveillance des assurances individuelles et n'est élargie que de manière isolée à des aspects de surveillance de groupe. La charge de surveillance s'est ainsi déplacée vers les entreprises d'assurance. C'est pourquoi la taxe complémentaire sera désormais couverte à raison de neuf dixièmes par les entreprises d'assurance et les caisses-maladie soumises à la surveillance de la FINMA conformément à la LSA.

Al. 4

La taxe complémentaire due par un groupe d'assurance ou par un conglomérat d'assurance est calculée aujourd'hui en fonction de la part de celui-ci aux primes brutes encaissées comptabilisées dans le monde entier par tous les groupes d'assurance et conglomérats d'assurance soumis à la surveillance suisse des assurances. À l'avenir, en raison d'une modification des normes de présentation des comptes, la référence pour le calcul de la taxe complémentaire pour les groupes d'assurance (primes brutes encaissées) ne figurera plus au bilan. C'est pourquoi l'art. 15, al. 2, let. c, LFINMA considère désormais, suite à la modification de la LSA, le nombre d'entités dotées d'une personnalité juridique propre d'un groupe d'assurance ou d'un conglomérat d'assurance comme un critère de calcul. Ce critère doit par conséquent être mis en œuvre au niveau de l'ordonnance. La taxe complémentaire se calcule en fonction du nombre d'entités d'un groupe d'assurance par rapport au nombre total d'entités dotées d'une personnalité juridique propre. Ce nombre d'entités dotées d'une personnalité juridique propre

⁴⁶ RS 956.122

que les sociétés d'audit ont signalé dans le cadre du rapport du groupe au cours de l'année précédant l'année de taxation est déterminant.

5 Conséquences

5.1 Introduction

5.1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Le présent projet met en œuvre les règles légales édictées par la LSA. Un objectif supplémentaire de l'OS révisée consiste à ancrer les normes existantes dans le secteur de l'assurance de manière adaptée à chaque échelon et sur la base de principes. À un niveau de réglementation inférieur, cet ancrage s'accompagne par conséquent d'une réduction des prescriptions.

5.1.2 Solutions étudiées et solution retenue

La possibilité consistant à habilitier la FINMA à fixer des limitations pour les catégories individuelles de placement de la fortune liée correspond au droit en vigueur. En ce qui concerne l'imputabilité des biens immobiliers et des hypothèques à la fortune liée, les limitations de 25 % pour chaque catégorie ainsi qu'une limite combinée pour les risques liés à l'immobilier et aux hypothèques de 35 % au maximum s'appliquent déjà aujourd'hui. Dans le cadre des travaux relatifs au projet sur l'OS mis en consultation, une augmentation a également été examinée, notamment en ajoutant les placements alternatifs jusqu'à une limite combinée maximale de 50 %. Étant donné les risques accrus sur le marché de l'immobilier, une telle adaptation a été considérée comme non adéquate d'un point de vue prudentiel. Par ailleurs, la demande supplémentaire de biens immobiliers pourrait encore accentuer la pression sur les prix de l'immobilier.

En ce qui concerne l'évaluation de contrats d'assurance, la présente modification de l'OS prévoit que les succursales étrangères d'entreprises d'assurance suisses devront utiliser les courbes des taux prévues par la FINMA au lieu de celles des autorités de surveillance étrangères pour évaluer leurs engagements dans une devise étrangère (cf. ci-dessous). Dans le cadre des travaux préliminaires à l'élaboration du présent projet, il a été examiné si a) tant les succursales étrangères que les filiales étrangères de compagnies d'assurance suisses doivent utiliser la courbe des taux de la FINMA ou si b) le choix de la courbe des taux à utiliser doit également exister pour les engagements des succursales. Les arguments en faveur de l'option a) sont les suivants: il ne faut créer aucun désavantage concurrentiel pour les assureurs suisses sans filiale à l'étranger et il faut empêcher un affaiblissement du niveau de protection des clients d'assureurs suisses qui ont des filiales ou des succursales à l'étranger. En revanche, les arguments en faveur de l'option b) sont les suivants: un tel ancrage dans l'OS de la réglementation transitoire encore en vigueur actuellement renforcerait le plus fortement la compétitivité internationale des assurances suisses, et il n'en résulterait aucune adaptation organisationnelle avec les conséquences correspondantes en matière de coûts. La solution proposée représente un compromis. Il conviendrait d'éviter autant que possible l'utilisation de courbes des taux trop élevées comparativement aux taux du marché qui ont pour effet de diminuer la valeur des engagements pris par un assureur et donc de faire passer sa solvabilité pour plus élevée qu'elle ne le serait en réalité si on procédait à une évaluation basée sur les données du marché. En même temps, il convient de garantir des conditions équitables pour les sociétés mères de filiales à l'étranger qui se trouvent en situation de concurrence avec des prestataires locaux à l'étranger.

Le montant du FNG qui couvre les sinistres causés par des véhicules motorisés non identifiés ou non assurés conformément à la LCR était controversé lors des travaux préliminaires à l'élaboration du présent projet mis en consultation. Une limite de 500 millions de francs associée à des coûts supplémentaires inférieurs pour les assurés assujettis a également été examinée. La somme a été fixée à 700 millions de francs en raison de la protection plus étendue qu'elle offre contre l'insolvabilité d'un grand assureur.

Le Conseil fédéral renonce à mettre en œuvre ses compétences conformément à l'art. 4, al. 5, let. a, LSA et n'assujettit pas les filiales de réassureurs étrangers à la surveillance par la FINMA. Un assujettissement a été considéré comme disproportionné, aucun risque ne devant être attendu de ces derniers pour les preneurs d'assurance suisses ou pour la stabilité du marché suisse de l'assurance. Les autorités de surveillance étrangères continuent à surveiller les sociétés de réassurance étrangères.

5.2 Coûts et avantages des principales mesures

5.2.1 Mesures de solvabilité

Dans le sillage de l'ancrage renforcé du SST dans la LSA, les exigences du SST seront également clarifiées à un niveau de réglementation inférieur. Les principes de base du SST devront être réglementés au niveau correct de l'ordonnance et par conséquent être déplacés vers l'ordonnance du Conseil fédéral. Les prescriptions quantitatives correspondent largement à la pratique actuelle et n'entraînent donc des coûts supplémentaires pour les entreprises d'assurance concernées que dans quelques rares cas examinés ci-dessous.

Les instruments de capital mis à disposition seront étendus, ce qui permettra d'élargir les possibilités de refinancement pour les assurances. Par rapport aux instruments d'ajournement de la dette (tier 2), ces instruments (tier 1) de qualité élevée offrent aux assureurs une protection plus élevée contre l'insolvabilité et sont soit transformés en capital propre, soit expirent sans valeur lorsqu'ils passent en dessous d'une valeur seuil (événement *trigger*). Une certaine proportion d'instruments de tier 1 peut désormais être imputée comme part des fonds propres de base. L'utilisation d'instruments de tier 1 constitue une option supplémentaire libre pour les entreprises d'assurance et ne représente donc aucune modification de coûts. L'émission d'instruments tier 1 requiert des coûts supplémentaires par rapport aux instruments de tier 2, mais devrait toutefois réduire d'autres coûts économiques du capital.

Les courbes des taux sans risque à utiliser pour évaluer les engagements à long terme par rapport aux assurés sont définies par la FINMA selon une pratique déjà en vigueur et largement acceptée. À cet égard, il convient d'omettre les écarts inexplicables par rapport aux données de marché fiables et sans risque. L'utilisation de courbes des taux trop élevées par rapport aux données de marché (par ex. des obligations d'État à plus long terme) se traduirait par des engagements trop faibles (par rapport à la réalité) et par une solvabilité trop élevée. Pour évaluer leurs engagements, les filiales sises à l'étranger (mais pas les simples succursales, cf. ci-dessous) peuvent utiliser les courbes des taux prédéfinies et sans risque des autorités étrangères en question.

Comme jusqu'à présent, des scénarios seront utilisés à l'avenir afin d'évaluer la situation en matière de risques et, en particulier, les concentrations des risques. La pratique établie au cours des dernières années, qui ne suppose plus une obligation générale d'agrégation, sera ancrée dans l'OS. L'agrégation de scénarios n'est plus nécessaire que dans des cas spécifiques, c'est-à-dire dans le cas de risques non suffisamment couverts par le modèle utilisé, comme par exemple en cas de concentrations importantes de risques.

Lorsque la solvabilité d'une entreprise d'assurance mesurée par le quotient SST tombe en dessous de certaines valeurs seuil, les instruments relevant du droit de la surveillance à appliquer dans le concept de seuil d'intervention seront désormais fixés dans l'OS. Par rapport à la pratique en vigueur de la FINMA, ce système a été simplifié, le nombre de zones de couleurs ayant été ramené de quatre à trois (vert, jaune et rouge). Aucune intervention directe et relevant du droit de la surveillance ne sera effectuée pour des raisons de solvabilité tant qu'une entreprise d'assurance se situe en zone verte (le quotient SST se trouve au-dessus de 100 %). La solvabilité d'une assurance est progressivement menacée lorsque celle-ci figure en zone jaune (quotient SST situé entre 33 % et 100 %). Les dividendes versés aux actionnaires pourraient notamment renforcer ce processus et nécessiteront donc, dans ces cas-là, une autorisation explicite de la FINMA. En zone rouge (quotient SST inférieur à 33 %), en l'absence de mesures immédiates et effectives, la situation ne provoquera pas, comme jusqu'à présent et

de façon relativement automatique, le retrait de l'autorisation et la liquidation, mais la cessation des activités nouvelles et de leur traitement. L'abandon du seuil d'intervention actuel de 80 % offrira davantage de flexibilité afin de tenir compte de la situation individuelle d'une entreprise d'assurance mise sous pression. Des mesures adaptées à chaque cas d'espèce pourront ainsi être prises pour que les exigences en matière de solvabilité puissent à nouveau être remplies de la façon la plus efficace possible.

5.2.2 Encouragement de l'innovation

Les prescriptions relevant du droit des marchés financiers et la surveillance doivent être proportionnées et tenir compte des différences de taille, de modèle d'affaires et d'exposition aux risques que présentent les divers établissements. La réglementation des assurances ne doit donc pas constituer un obstacle à l'innovation, ou (notamment dans le cas des petits assureurs) ne doit pas causer des coûts élevés disproportionnés. Afin de faciliter notamment l'entrée sur le marché d'entreprises d'assurance innovantes, celles-ci pourront être libérées de la surveillance selon certaines conditions. En outre, de manière analogue au secteur bancaire, les petites assurances déjà existantes pourront à l'avenir se voir accorder des allègements selon certains critères préalables et seront donc déchargées administrativement. Fin 2021, 15 assureurs directs sur 60 possibles en théorie ont rempli ces exigences. Par ailleurs, les réassureurs et les captives de réassurance des catégories 4 et 5 pourront profiter des mêmes allègements, pour autant qu'ils n'enfreignent pas les prescriptions relevant du droit de la surveillance.

5.2.3 Renforcement de la responsabilité propre dans la fortune liée

Avec la révision de l'OS, le *Prudent Person Principle* sera plus fortement ancré dans l'OS dans le domaine de la fortune liée et, par conséquent, la responsabilité propre de l'entreprise d'assurance sera renforcée. Les principes de placement définissent les obligations de l'entreprise d'assurance lors de la constitution de la fortune liée. Ceux-ci garantissent que les actifs servant à couvrir les prétentions découlant des contrats d'assurance sont placés de manière largement diversifiée, qu'ils sont disponibles en cas de difficulté, et qu'aucun risque de contrepartie excessif n'est encouru. Les instruments financiers n'étant pas tous considérés comme appropriés de manière similaire pour chaque entreprise d'assurance en ce qui concerne leur prise en compte dans la fortune liée, les entreprises d'assurance ont le choix, soit que la FINMA approuve une liste personnalisée de valeurs appropriées, soit de s'engager à respecter une liste de valeurs adéquates plus courte qu'aujourd'hui. Par rapport à la pratique actuelle, la liste individuelle élargit l'éventail de placement dans la fortune liée. En revanche, pour les assureurs qui s'en tiennent à la liste normalisée abrégée, la charge de reporting et celle d'examen assumées par les sociétés d'audit et/ou la FINMA diminuent. Lors d'investissements dans de nouveaux types de fonds réservés aux investisseurs qualifiés (tels que les L-QIF), les assureurs qui s'en tiennent à la liste normalisée abrégée doivent s'assurer que les fonds n'investissent que dans des placements considérés comme appropriés pour les assureurs. Cette vérification peut être effectuée dans les documents de fonds correspondants moyennant une charge de travail limitée. Lors d'investissements effectués dans le cadre de la fortune libre, les assureurs ne sont soumis à aucune restriction réglementaire, comme c'est déjà le cas aujourd'hui.

5.3 Conséquences pour les groupes concernés

5.3.1 Assurances

L'allègement des activités sans rapport avec l'activité d'assurance ayant été ancré dans la révision de la LSA, l'OS doit également être adaptée en conséquence. Les allègements doivent offrir aux entreprises d'assurance la marge de manœuvre nécessaire pour innover. À cet égard, les activités sans rapport avec l'activité d'assurance doivent toutefois continuer à avoir une connexité suffisante avec les activités liées à l'assurance. Le savoir-faire disponible au sein de l'entreprise en raison des activités liées à l'assurance doit, le cas échéant, également

pouvoir être mis à profit sur le marché afin d'apporter une forte valeur ajoutée. Les limitations liées à la réglementation relative aux activités sans rapport avec l'activité d'assurance n'ont guère de conséquences pour les assureurs qui se focalisent sur leur activité principale.

Les prescriptions concernant l'organisation adéquate ainsi que les règles de gouvernance et de contrôle de l'entreprise (gestion qualitative des risques) ont tendance à accroître la charge de travail de la part des assureurs. Cependant, ces prescriptions contribuent à une meilleure gouvernance d'entreprise. Les coûts supplémentaires attendus n'ont toutefois pas été quantifiés.

Les sociétés d'assurance ad hoc sises en Suisse sont soumises à une surveillance particulière de la FINMA dans le cadre de la révision de la LSA. Cette situation octroie une flexibilité supplémentaire aux entreprises d'assurance, par exemple en lien avec l'émission d'obligations catastrophe à partir d'une société établie en Suisse. Au niveau de l'OS, des exigences supplémentaires seront imposées à de telles sociétés ad hoc, par exemple en ce qui concerne le capital minimal ou la solvabilité, de manière à assurer ainsi le bon fonctionnement commercial des entités ad hoc d'assurance et à limiter les risques pour l'entreprise d'assurance dans sa globalité.

À l'avenir, la FINMA pourra exiger des entreprises d'assurance à fort impact économique qu'elles établissent des plans de stabilisation, dans lesquels l'entreprise sera tenue de présenter les mesures qu'elle prendrait dans une situation de crise. Comme pour les banques d'importance systémique, l'élaboration préventive de plans de stabilisation vise à garantir la stabilité de l'entreprise d'assurance en cas d'urgence et tient compte des évolutions internationales. Elle implique toutefois une charge de travail supplémentaire pour les personnes concernées, d'autant plus que les plans doivent également être tenus à jour. La LSA laisse au Conseil fédéral le soin de déterminer les critères selon lesquels une entreprise d'assurance est considérée comme présentant un fort impact économique. La fixation d'une valeur seuil en francs a pour conséquence qu'au fil du temps, d'autres entreprises d'assurance seront considérées comme étant à fort impact économique en raison de la croissance de leur bilan et donc potentiellement concernées par l'obligation d'élaborer des plans de stabilisation. Conformément aux indicateurs relevés par la FINMA, le seuil de 5 milliards de francs pour le total du bilan mentionné dans l'OS a été atteint par 13 entreprises d'assurance suisses à la fin 2021.

À l'avenir et contrairement à la pratique actuelle de la FINMA (conformément au régime transitoire 2017-2022), les succursales sises à l'étranger d'entreprises d'assurance suisses ne pourront plus utiliser les courbes des taux des autorités de surveillance étrangères lors de l'escompte des engagements d'assurance (cf. ci-dessus). Cette proposition de réglementation concerne les entreprises d'assurance suisses actives à l'étranger par l'intermédiaire d'une succursale. Une fois transformée en une filiale entièrement équipée, cette succursale serait alors également autorisée à utiliser les courbes des taux des autorités de surveillance étrangères. Une telle opération de conversion engendrera une charge de travail supplémentaire unique (par ex. frais d'avocat ou de conseil). Par ailleurs, la transformation en une filiale peut accroître durablement la charge financière et organisationnelle et peut éventuellement avoir des conséquences d'ordre fiscal.

La révision de l'ordonnance sur les émoluments de la FINMA permettra de fixer les taxes annuelles fixes de surveillance des assurances de manière à ce qu'elles tiennent mieux compte des coûts de la surveillance. À cet égard, les taxes complémentaires sont moins élevées que les taxes de base, qui ont été doublées. Le total des émoluments perçus annuellement par la FINMA dans le secteur des assurances reste donc inchangé.

5.3.2 Intermédiaires d'assurance

Les intermédiaires d'assurance liés et non liés doivent disposer des connaissances et des aptitudes nécessaires à l'exercice de leurs activités conformément aux prescriptions légales. Les normes minimales en matière de formation initiale et de formation continue ne sont dé-

crites que de manière rudimentaire dans l'OS. Leur organisation concrète incombe aux intermédiaires d'assurance et aux entreprises d'assurance (art. 43, al. 2, LSA). À cet égard, il convient de tenir compte du fait que des exigences trop élevées en matière de formation initiale et de formation continue peuvent constituer des obstacles à l'accès au marché indésirables sur le plan économique, ou entraîner des distorsions du marché au profit de plus grands prestataires. Il convient donc de concevoir les exigences en matière de formation de la manière la plus différenciée que possible (excepté les exigences de base qui concernent tout le monde de la même manière) et en tenant compte des différents besoins des intermédiaires d'assurance concernés. Les exigences en matière de formation continue garantiront que, selon les besoins, de nouveaux développements dans le secteur des assurances concerné peuvent être pris en considération. Afin d'éviter des coûts inutiles en particulier pour les nombreuses petites entreprises spécialisées dans l'intermédiation en assurance (découlant par exemple d'une perte de chiffre d'affaires), les normes minimales applicables à la formation continue en cours doivent également être proportionnées et différenciées. Par ailleurs, la formation continue devrait non seulement pouvoir être effectuée sous la forme d'un enseignement en présentiel, mais aussi sous la forme de cours (vidéos) en ligne qui offrent davantage de flexibilité en termes de temps et engendrent donc des coûts d'opportunité moins élevés.

Tous les intermédiaires d'assurance doivent disposer d'une assurance responsabilité civile professionnelle ou d'une garantie financière équivalente, comme dans la législation actuelle. Les exigences correspondantes au niveau de l'ordonnance sont désormais différenciées et dépendent du nombre d'intermédiaires employés. La couverture minimale reste inchangée et continue de s'élever à 2 millions de francs pour tous les sinistres survenus au cours d'une année. À l'avenir, en fonction du nombre d'intermédiaires d'assurance employés, la somme de couverture exigée augmentera toutefois jusqu'à 5 millions de francs pour tous les sinistres survenus au cours d'une année et garantira également une couverture suffisante même pour les plus grands intermédiaires d'assurance. Cette mesure pourra entraîner certains frais supplémentaires pour les entreprises concernées. L'augmentation des coûts est plafonnée, de sorte qu'elle est relativement moindre pour les plus grands intermédiaires d'assurance.

Les exigences en matière de gouvernance d'entreprise (*Corporate Governance*) des intermédiaires d'assurance concrétisent l'exigence légale relative à la bonne réputation et à la garantie du respect des obligations de la LSA. Elles sont conçues autant que possible en fonction des risques et tiennent compte des différences de taille et de complexité entre les intermédiaires. La réglementation proposée au niveau de l'ordonnance peut toutefois engendrer des frais supplémentaires pour les entreprises concernées. Ainsi, les exigences en matière de gouvernance d'entreprise entraînent des coûts uniques plus élevés dans le processus d'enregistrement (par ex. détermination de principes, de processus et de structures visant à respecter les prescriptions). Tel est notamment le cas pour les nombreux petits intermédiaires d'assurance non liés. Selon les indications de la FINMA, 80 % des entreprises spécialisées dans l'intermédiation qui opèrent en tant qu'entreprises non liées comptent au maximum 1 à 2 employés. Puisque le respect de ces exigences (par ex. la séparation entre les activités opérationnelles et celles de contrôle) est toutefois régulièrement examiné et surveillé, il s'accompagne également de frais courants plus élevés.

5.3.3 Preneurs d'assurance

La prévention et la divulgation des conflits d'intérêts en défaveur des preneurs d'assurance sont déjà réglementées au niveau de la loi et s'appliquent aux entreprises d'assurance ainsi qu'aux intermédiaires d'assurance. Les dispositions d'exécution correspondantes dans l'OS indiquent sous quelles conditions il faut partir de l'hypothèse qu'il existe un conflit d'intérêts. Le Conseil fédéral décrit les comportements considérés dans tous les cas comme illicites pour les intermédiaires d'assurance non liés (par ex. le fait de convenir d'une collaboration avec une assurance). Ces cas correspondent en grande partie au droit déjà en vigueur (cf. actuel art. 183 OS), de sorte qu'aucun coût supplémentaire n'est à prévoir.

L'introduction du terme «assurance sur la vie qualifiée» est également déjà prévue au niveau légal. Les assurances vie qualifiées se caractérisent principalement par le fait que les preneurs d'assurance supportent un risque de perte dans le processus d'épargne. Dans ces cas, les entreprises d'assurance doivent établir une feuille d'information de base, la mettre à la disposition des preneurs d'assurance et réaliser une vérification du caractère approprié. La feuille d'information de base doit contenir des informations sur les coûts de l'assurance vie qualifiée. L'OS concrétise les coûts et la manière dont il convient de les indiquer. Dans une perspective à plus long terme, outre les coûts de conclusion, c'est avant tout les coûts récurrents et les coûts d'un rachat d'une assurance vie qualifiée qui peuvent être significatifs. Ceux-ci doivent donc également être communiqués aux assurés. Outre les exigences relatives à la feuille d'information de base, l'OS régleme également les informations spécifiques aux produits en ce qui concerne les offres individuelles dans le secteur des assurances.

La responsabilité du FNG dans le cas de l'assainissement ou de la faillite d'une entreprise d'assurance est désormais restreinte conformément à la LSA révisée. Fin 2021, la fortune du FNG s'élevait à quelque 150 millions de francs. Conformément à l'OS révisée, ce montant sera augmenté pour atteindre 700 millions de francs et pourrait ainsi couvrir une faillite du plus grand fournisseur d'assurances de véhicules à moteur. L'augmentation de la fortune du fonds de garantie s'effectuera progressivement sur plusieurs années grâce à la constitution du supplément de prime annuel de 3 francs 80 par police d'assurance de véhicules à moteur, montant déjà prélevé aujourd'hui. Pour les preneurs d'assurance, la révision de l'OS n'entraînera donc aucune adaptation de primes dans le secteur des assurances de véhicules à moteur.

5.4 Conséquences pour la place économique suisse et pour la concurrence

La présente révision de l'OS renforce la place d'assurance suisse et crée des possibilités de croissance pour les nouveaux fournisseurs de prestations de services d'assurance conformément aux possibilités déjà définies dans la LSA. La diminution des exigences en matière de surveillance applicables aux assurances de petite taille et les allègements en faveur des prestataires innovants réduisent les obstacles à l'accès au marché et renforcent la concurrence. Par ailleurs, la nouvelle législation en matière d'assainissement est concrétisée et les conflits d'intérêts sont réduits, ce qui renforce également la protection des clients.

5.5 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes

Le projet n'a pas d'incidence sur le budget. Aucun impact sur la Confédération, les cantons et les communes n'est à prévoir.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité et légalité

Les dispositions contenues dans les ordonnances modifiées du Conseil fédéral se fondent sur les dispositions légales citées dans le préambule correspondant et sur celles référencées sous le titre. À propos de la constitutionnalité de la base légale, il est renvoyé aux explications données dans le message.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Le présent projet n'affecte pas les engagements internationaux de la Suisse.

6.3 Délégation de compétences législatives

Dans divers domaines, la FINMA se voit conférer la compétence d'édicter des dispositions techniques d'exécution. Les délégations correspondantes se fondent toutes sur l'art. 55, al. 2, LFINMA.

7 Entrée en vigueur

Les modifications de la loi et des ordonnances du Conseil fédéral entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2024. Les dispositions transitoires figurent à l'art. 216c.