

5

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X. S.A.
contre Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
B-2808/2009 du 25 mars 2010

Assujettissement à la surveillance en matière d'assurance.**Art. 2 al. 1 let. a LSA.**

1. La notion d'assurance suppose la réunion de cinq éléments caractéristiques: l'existence d'un risque, la prestation de l'assuré consistant en le paiement d'une prime, la prestation d'assurance, le caractère autonome de l'opération (qui distingue le contrat d'assurance d'autres actes juridiques où l'obligation de prester en cas de réalisation d'un risque apparaît comme un accessoire ou une simple modalité de l'autre partie du contrat) et la compensation des risques sur la base des données de la statistique (consid. 6).
2. Examen des conditions pour une société proposant à un nombre indéterminé de locataires des contrats d'assurance-cautionnement (consid. 7).

Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht.**Art. 2 Abs. 1 Bst. a VAG.**

1. Der Begriff der Versicherung setzt kumulativ fünf charakteristische Elemente voraus: Das Vorhandensein eines Risikos, die Leistung des Versicherten durch Zahlung einer Prämie, die Versicherungsleistung, den eigenständigen Charakter des Geschäfts (der den Versicherungsvertrag von anderen Rechtsgeschäften unterscheidet, bei welchen die Leistungspflicht bei Realisierung des Risikos nur als Nebenpunkt oder einfache Modalität der anderen Vertragspartei erscheint) und den Risikoausgleich gestützt auf statistische Werte (E. 6).
2. Prüfung der Voraussetzungen für eine Gesellschaft, welche einer unbestimmten Anzahl von Mietern den Abschluss von Kautionsversicherungen vorschlägt (E. 7).

Assoggettamento alla sorveglianza in materia di assicurazione.**Art. 2 cpv. 1 lett. a LSA.**

- 1. La nozione di assicurazione presuppone la riunione di cinque elementi caratteristici: l'esistenza di un rischio, la prestazione dell'assicurato consistente nel pagamento di un premio, la prestazione da parte dell'assicurazione, il carattere autonomo dell'operazione (che distingue il contratto di assicurazione da altri atti giuridici dove l'obbligo di fornire la prestazione in caso di realizzazione di un rischio appare come accessorio o una semplice modalità dell'altra parte a contratto), e la compensazione dei rischi sulla base dei dati statistici (consid. 6).**
- 2. Esame delle condizioni per una società che propone ad un numero indeterminato di locatari dei contratti d'assicurazione-garanzia (consid. 7).**

X. S.A. est une société inscrite au registre du commerce du canton de A. ayant pour but de mettre en place et favoriser les cautionnements de loyers, à la demande du locataire, en faveur de leur bailleur.

Par décision du 27 avril 2009, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a constaté que X. S.A. exerçait une activité en matière d'assurance en violation de la loi sur la surveillance des assurances du 17 décembre 2004 (LSA, RS 961.01) et a prononcé sa dissolution ainsi que sa liquidation.

Par mémoire du 30 avril 2009, X. S.A. a formé recours contre dite décision et a conclu à son annulation.

Dans sa réponse du 10 juillet 2009, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours avec suite de frais et dépens. Cela étant, elle indique que, dans l'hypothèse où la recourante passe un contrat satisfaisant aux exigences légales avec une entreprise d'assurance dûment agréée, elle se propose d'annuler les mesures tendant à la dissolution ainsi qu'à la liquidation de X. S.A.

En date du 12 août 2009, la FINMA a rendu une nouvelle décision prenant acte du contrat passé par la recourante (avec une entreprise dûment agréée) et annulant les chiffres du dispositif de sa décision du 27 avril 2009 concernant la dissolution ainsi que la liquidation de X. S.A.

Par courrier du 18 septembre 2009, X. S.A. a requis du Tribunal administratif fédéral qu'il statue sur son recours, dès lors que la constatation d'exercice d'une activité en matière d'assurance en violation de la loi sur la surveillance des assurances n'a pas été annulée.

Invitée à se déterminer, l'autorité inférieure a confirmé la constatation contenue dans la décision entreprise et maintenu sa conclusion de rejet du recours par écritures du 22 octobre 2009.

Le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours par arrêt du 25 mars 2010, confirmé par le Tribunal fédéral le 21 janvier 2011 (2C_410/2010).

Extrait des considérants:

6. La LSA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Elle régleme la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération et a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 1 et 2 LSA). A teneur de l'art. 2 al. 1 let. a LSA, les entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance sont soumises à la surveillance au sens de la LSA et doivent avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer leur activité d'assurance. Ni la LSA, ni la loi sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA, RS 221.229.1) ne donnent cependant une définition de l'assurance. Pour déterminer les opérations soumises à la surveillance de la Confédération, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral a posé que la notion d'assurance supposait la réunion de cinq éléments caractéristiques: l'existence d'un risque, la prestation de l'assuré consistant en le paiement d'une prime, la prestation d'assurance, le caractère autonome de l'opération (qui distingue le contrat d'assurance d'autres actes juridiques où l'obligation de prester en cas de réalisation d'un risque apparaît comme un accessoire ou une simple modalité de l'autre partie du contrat) et la compensation des risques sur la base des données de la statistique (ATF 114 Ib 244 consid. 4a, ATF 107 Ib 54 consid. 1b, ATF 76 I 362 consid. 3, ATF 58 I 256 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 2C_506/2007 du 13 février 2008 consid. 6.2, arrêt du Tribunal fédéral 4P.52/2000 du 29 juin 2000 consid. 3a/bb). Ces caractéristiques que doit présenter un contrat d'assurance au sens où l'entend la LCA sont approuvées par la doctrine (cf. HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, vol. I, 2^e éd., Berne 1968, p. 13 ss ; WILLY KOENIG, Der Versicherungsvertrag, Traité de droit

privé suisse, vol. VII/2, Bâle/Stuttgart 1979, p. 491 et la note 5; MORITZ KUHN/LUKA MÜLLER-STUDER/MARTIN ECKERT, *Privatversicherungsrecht*, 2^e éd., Zurich 2002, p. 54; MORITZ KUHN/PASCAL MONTAVON, *Droit des assurances privées*, Lausanne 1994, p. 32; GERHARD STOESSEL in: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder [éd.], *Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG]*, Bâle/Genève/Munich 2001, *Allgemeine Einleitung*, n. 2 ss et les réf. cit.; ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, *Versicherungsaufsichtsrecht*, Berne 2006, p. 54; ANDREAS BURKI/PETER PFUND/JÜRIG WALDMEIER in: Jürg Waldmeier [éd.], *Versicherungsaufsicht*, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 46 s.; VINCENT BRULHART, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, p. 39; plus réservé sur le critère de la prestation de l'assuré, ALFRED MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1995, p. 94 et 185 s.).

7. La recourante conteste que ses activités satisfassent à la définition jurisprudentielle de l'assurance faute de réunir les cinq éléments caractéristiques requis.

7.1 S'agissant de l'existence d'un risque, la recourante signale qu'elle n'assure pas un risque dans la mesure où la garantie qu'elle peut être amenée à fournir ne dépend pas d'un événement incertain indépendant de la volonté du locataire, la libération de la garantie nécessitant soit l'accord de celui-ci, soit une décision judiciaire constatant une violation fautive de ses obligations.

Le risque est défini par la jurisprudence comme un événement dont la réalisation est à la fois possible et incertaine (*incertus an* ou *incertus quando*), l'élément aléatoire étant déterminant (ATF 92 I 126 consid. 4; cf. STOESSEL, *op. cit.*, n° 6 et les réf. cit.; ROELLI/KELLER, *op. cit.*, p. 13 s.; WEBER/UMBACH, *op. cit.*, p. 54 s.).

En l'espèce, la recourante s'engage à garantir toutes les prestations du locataire à l'encontre du bailleur résultant du contrat de bail à concurrence d'une limite maximale déterminée par la garantie de loyer. L'événement entraînant l'intervention de la recourante consiste ainsi en l'obligation du locataire de libérer les sûretés fournies en garantie lors de la conclusion du contrat de bail. Cette obligation naît de l'inexécution par le locataire des obligations découlant dudit contrat. Le paiement de la garantie n'intervient cependant qu'en cas d'accord entre le bailleur et le locataire ou en vertu d'une décision judiciaire définitive et exécutoire (...).

Aussi, force est de constater que, lors de la conclusion du contrat, l'obligation du locataire de libérer les sûretés constitue un événement incertain aussi bien quant à sa survenance qu'à son échéance. Il s'agit dès lors effectivement d'un risque au sens de la jurisprudence que le locataire entend transmettre à la recourante. Le fait que le locataire puisse influencer sur la survenance de l'événement incertain ne permet pas de nier l'existence d'un risque. En effet, ce cas de figure s'avère bien connu du droit des assurances; ces conséquences sont notamment réglementées à l'art. 14 LCA. Par conséquent, il sied de reconnaître l'existence d'un risque dans le cas relevant du présent litige.

7.2 La prime consiste en la rémunération de la prestation d'assurance. En l'espèce, la recourante ne conteste pas que les versements auxquels sont astreints ses clients présentent les caractéristiques d'une prime au sens du droit de la surveillance des assurances privées.

7.3 La recourante allègue cependant qu'elle ne fournit pas de prestation puisque son service de garantie n'est pas subordonné à la survenance d'un événement, l'attestation de garantie étant délivrée dès la conclusion du contrat. Elle ajoute que, si elle est amenée à s'acquitter de la somme garantie, elle exerce systématiquement son droit de recours contre le locataire.

La prestation de l'assureur est subordonnée à la condition de la survenance de l'événement assuré. Cette prestation est le plus souvent assurée en espèce mais peut l'être également en nature ou consister dans la prestation de services (ATF 92 I 126 consid. 5; décision du Département fédéral de justice et de police du 9 février 1980, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 44/97). Elle comprend en premier lieu la reprise du risque puis, en second lieu, l'apport de la prestation convenue lors de la survenance de l'événement assuré pour lequel l'assureur s'oblige juridiquement (cf. STOESEL, op. cit., n° 7 ss et les réf. cit.; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 16 s.; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 56).

En l'espèce, la recourante s'engage à payer, dans le cadre du contrat de bail et dans la limite maximale de la garantie de loyer indiquée sur l'attestation de cautionnement, toute dette contractée par le locataire envers le bailleur (...). Cela signifie que l'intervention de la recourante est subordonnée à la survenance d'un événement, à savoir l'inexécution par le locataire des obligations découlant du contrat de bail. La recourante reprend de la sorte le risque encouru par le locataire et s'engage, une fois le risque survenu et de manière illimitée, à apporter la prestation conve-

nue, soit le versement du montant de toute dette du locataire à concurrence de la garantie de loyer. L'attestation de garantie délivrée dès la conclusion du contrat ne fait que confirmer la reprise de risque par la recourante ainsi que son engagement à verser la prestation le moment venu.

La recourante fournit donc bien une prestation d'assurance. Au demeurant, la qualification de prestation ne saurait être niée du fait que la recourante se retourne systématiquement contre le locataire pour lequel elle s'est acquittée de la somme garantie. En effet, elle n'est nullement assurée de récupérer la somme versée au bailleur ; c'est d'ailleurs pour cette raison que bailleurs et locataires ont recours à ses services. Dans ces circonstances, il faut admettre que les services offerts par la recourante constituent des prestations d'assurance.

7.4 X. S.A. argue également que le contrat proposé ne constitue pas une opération indépendante mais présente un caractère accessoire par rapport au contrat de bail dont il ne peut être dissocié.

Le caractère autonome de l'opération délimite l'assurance par rapport à d'autres transactions juridiques pour lesquelles l'obligation d'offrir une prestation représente uniquement une convention accessoire ou consiste en une modalité d'une autre partie du contrat. Il peut également être reconnu lorsque la prestation d'assurance est liée à un autre rapport juridique; en effet, dans des rapports juridiques complexes, une opération d'assurance peut être qualifiée d'autonome quand elle revêt une importance telle qu'il convient de la considérer comme la prestation principale des relations contractuelles (ATF 114 Ib 244 consid. 4c, ATF 107 Ib 54 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4P.52/2000 du 29 juin 2000 consid. 3a/dd); cf. STOESEL, op. cit., n° 9 ss et les réf. cit.; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 20 s.; KUHN/MONTAVON, op. cit., p. 124 ss; MAURER, op. cit., p. 95; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 56 s.).

En l'espèce, la recourante offre à des locataires de conclure un contrat tendant à couvrir les éventuelles prétentions de leur bailleur résultant du contrat de bail à concurrence d'une somme maximale préalablement établie. Ces contrats n'ont pas d'autres buts ni d'autres objets. Ils ne sauraient dès lors représenter une convention accessoire ou une modalité d'un autre contrat. En effet, le contrat de bail ne constitue pas un contrat principal par rapport au contrat que passe la recourante avec un locataire puisqu'il est conclu entre ce dernier et le bailleur, la recourante n'étant pas partie prenante dans cette relation contractuelle. Le fait que le rapport

liant la recourante à ses clients soit subordonné à l'existence d'un contrat de bail liant ces derniers n'est pas déterminant in casu. En effet, il s'agit simplement d'une condition préalable à la relation contractuelle inhérente au genre de prestations fournies par la recourante, soit la garantie de loyer.

Sur le vu de ce qui précède, le caractère autonome de l'opération d'assurance dans les contrats offerts par la recourante doit être reconnu.

7.5 Enfin, la recourante invoque ne pas compenser les risques selon les lois du grand nombre, les cotisations des clients ne servant pas à couvrir les montants versés aux bailleurs – ceux-ci étant remboursés par les locataires – mais uniquement les frais de fonctionnement courants.

La compensation des risques selon les lois de la statistique et du grand nombre doit déjà être admise lorsque les recettes totales s'avèrent adaptées aux dépenses totales de manière que celles-là couvrent celles-ci en laissant une marge suffisante. Il n'est pas nécessaire, pour satisfaire à cette condition, que l'exploitation soit régie par les principes des mathématiques actuarielles; il conviendra de déterminer dans le cadre de la surveillance des assurances si les calculs ont été effectués correctement (ATF 92 I 126 consid. 3, ATF 107 Ib 54 consid. 5; cf. STOESEL, op. cit., n° 12 s. et les réf. cit.; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 19 s.; KUHN/MONTAVON, op. cit., p. 123 s.; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 57; plus critique sur l'importance de ce critère, MAURER, op. cit., p. 95 s.).

En l'occurrence, la recourante ne limite pas le nombre de ses clients mais propose ses services à un nombre illimité de locataires. De surcroît, elle ne propose ses services que contre rémunération. En conséquence, l'équivalence des prestations fournies par X. S.A. et de celles perçues par ses clients s'oriente indubitablement vers le risque qu'encourt la recourante de s'acquitter de prestations en faveur d'un bailleur sans pouvoir les recouvrer ensuite auprès de son client. On ne saurait suivre la recourante quand elle prétend toujours recouvrer l'entier des sommes qu'elle a été amenée à verser. En effet, comme elle l'admet elle-même, les contentieux se sont élevés à 0,29 % des sommes garanties sur un an; ces montants ont dès lors inévitablement été acquittés au moyen des recettes réalisées par la recourante lesquelles consistent précisément en primes versées par les locataires. A cela s'ajoute que la recourante s'est réservé le droit d'adapter ses primes (...) de sorte qu'elle entend bien arrêter leur montant en fonction des sommes acquittées qu'elle n'est pas en mesure de recouvrer. Aussi, est-il hautement invraisemblable que la recourante procède sans

aucune méthode et, en particulier, qu'elle ne tire pas profit, comme c'est la règle dans ce genre d'activité, des résultats accumulés d'année en année pour fixer le montant des primes; d'ailleurs, elle n'a nullement été en mesure de démontrer qu'elle utilisait d'autres critères à cet effet.

Par conséquent, force est de constater que la recourante compense ses risques en fonction des lois de la statistique et du grand nombre.

7.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les activités de la recourante satisfont à l'ensemble des éléments caractéristiques de l'assurance posés par la jurisprudence.

7.7 La recourante fait encore valoir que les contrats proposés ne contiennent aucun élément significatif de la législation sur le contrat d'assurance puisqu'il n'est prévu ni réticence, ni durée maximale, ni suspension des prestations, ni couverture provisoire. Elle estime ainsi qu'il convient de qualifier les contrats en cause de cautionnement par rapport au bailleur et de reprise cumulative de dette par rapport au vendeur.

7.7.1 A titre liminaire, il sied d'admettre que les contrats conclus par la recourante et ses clients ne présentent pas toutes les caractéristiques propres à un contrat d'assurance au sens de la LCA. Cela étant, on ne saurait en déduire une quelconque conséquence spéciale s'agissant de l'assujettissement à la surveillance en matière d'assurance. En effet, si les activités exercées satisfont aux éléments distinctifs de l'assurance arrêtés par la jurisprudence, elles sont malgré tout soumises à surveillance faute sinon de ne pas atteindre les objectifs de la législation y afférente, à savoir protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA).

De plus, concernant des caractéristiques de la LCA non contenues dans les contrats passés par la recourante, elles ne constituent pas pour l'essentiel des éléments absolument impératifs au sens de l'art. 97 LCA. En effet, il s'agit pour la plupart de dispositions relativement impératives auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du preneur d'assurance (art. 98 LCA). Or, les contrats en cause ne prévoient ni réticence ni suspension des prestations si bien qu'on ne saurait retenir qu'ils dérogent aux dispositions de la LCA au détriment du preneur d'assurance. S'agissant de l'art. 19 al. 2 LCA, rien n'empêche un client de la recourante de s'en prévaloir si celle-ci lui transmet une attestation de cautionnement avant le paiement de la cotisation forfaitaire (...). Quant à la durée du contrat, elle est déterminable puisque celle-ci s'avère fonction de la durée du bail lequel est limité dans le temps.

Dans ces circonstances, la recourante ne saurait se soustraire à la surveillance des assurances du fait que ses contrats ne présentent pas de nombreux éléments distinctifs d'un contrat d'assurance au sens de la LCA.

7.7.2 Le rapport juridique entre la recourante et le bailleur ne constitue pas un cautionnement. En effet, c'est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier d'un débiteur principal à répondre accessoirement à l'exécution de la dette (art. 492 du Code des obligations du 30 mars 2011 [CO, RS 220]; cf. PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 856). En cas de cautionnement simple, la caution jouit du bénéfice de discussion personnelle et matérielle puisque le créancier ne peut réclamer la prestation que s'il ne l'a pas obtenue du débiteur (cf. art. 495 CO; cf. TERCIER, *op. cit.*, p. 873 s.). En cas de cautionnement solidaire, celui-ci conserve également un caractère subsidiaire dans la mesure où la caution n'est tenue à la prestation que si le débiteur en demeure a été dûment interpellé par le créancier à moins que son insolvabilité soit notoire (cf. art. 496 CO; cf. TERCIER, *op. cit.*, p. 875).

En l'espèce, la recourante s'engage à s'acquitter de la dette du locataire envers le bailleur dans les limites de la somme garantie en cas d'accord écrit du locataire et du bailleur ou sur présentation d'un jugement exécutoire condamnant le locataire (...). Aussi, seule l'existence de la dette du locataire doit avoir été formellement établie, il n'est en revanche pas exigé du bailleur qu'il tente d'obtenir son paiement de la part du locataire ni même qu'il le sollicite à cet effet. En outre, en vertu du contrat passé avec la recourante, le locataire est en mesure d'exiger qu'elle s'acquitte de la dette.

Par conséquent, les contrats passés par la recourante ne présentent pas un caractère subsidiaire suffisant pour être qualifié de contrat de cautionnement au sens des art. 492 ss CO.

7.7.3 Le rapport juridique entre la recourante et ses clients ne consiste pas en une reprise cumulative de dette. Une telle relation contractuelle est admise lorsqu'un tiers se constitue débiteur solidaire aux côtés du premier débiteur sans que ce dernier ne soit libéré de sa dette (cf. THOMAS PROBST, in: *Code des obligations I*, Luc Thévenoz/Franz Werro [éd.], *Commentaire romand*, Genève/Bâle/Munich 2003, n. 6 ad introduction aux art. 175-183 CO et les réf. cit.).

En l'espèce, l'engagement de la recourante va au-delà de la reprise cumulative de dette. En effet, une fois l'existence de la dette du locataire en-

vers le bailleur établie, la recourante s'en acquitte sans autre formalité jusqu'à concurrence de la somme garantie (...) alors que, en cas de reprise cumulative de dette, c'est au créancier de choisir le débiteur auquel il entend réclamer le paiement de la dette. De plus, si le locataire est recherché pour cette dette, il est en droit d'en exiger le paiement par la recourante. Aussi, les contrats conclus par la recourante ne constituent pas des reprises cumulatives de dette.

7.8 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est d'admettre que les activités de la recourante – satisfaisant à tous les éléments caractéristiques de l'assurance – sont assujetties à la surveillance en la matière. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure a constaté que, faute d'agrément, la recourante avait exercé jusqu'en juillet 2009 son activité en violation de la législation sur la surveillance des assurances.
