

## Exercice d'une activité d'assurance sans autorisation

Décision de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA de 2023

### Résumé

Suite à de nombreuses dénonciations selon lesquelles X.\_\_\_\_ exerçait une activité d'assurance sans autorisation, la FINMA a mené des investigations qui ont abouti à l'ouverture d'une procédure d'*enforcement*. En effet, X.\_\_\_\_ proposait des abonnements juridiques pour entreprises et particuliers, lesquels permettaient, contre le paiement d'une cotisation annuelle, d'accéder à différentes prestations juridiques de manière illimitée. En outre, X.\_\_\_\_ finançait aussi, dans certaines situations, des avances de frais pour payer les honoraires d'avocats et les tribunaux sous forme de prêt à taux d'intérêt 0%. A la teneur de ses conditions générales, X.\_\_\_\_ obtenait ensuite le remboursement de ce prêt sur les dépens judiciaires à toucher en fin de procédure en cas de victoire. En cas de perte, le solde constituait un prêt à fond perdu. S'agissant des domaines du droit partiellement pris en charge ainsi que des litiges antérieurs à la signature du contrat, la couverture du sinistre était partielle à hauteur de 50%.

Au cours de la procédure, la FINMA a nommé un chargé d'enquête au sein de X.\_\_\_\_. Alors que les travaux du chargé d'enquête avaient déjà débuté, les activités de X.\_\_\_\_ ont été reprises par Y.\_\_\_\_ en (...). A partir de ce moment-là, X.\_\_\_\_ a cessé ses activités pour les nouveaux clients. Les clients ayant conclu un abonnement auprès de X.\_\_\_\_ antérieurement au mois (...) ont été informés lors du renouvellement de leur abonnement du transfert de leur abonnement chez Y.\_\_\_\_. La FINMA a alors étendu la procédure et le mandat du chargé d'enquête à cette dernière. Le modèle d'affaires de Y.\_\_\_\_ est quasiment identique à celui de X.\_\_\_\_. La principale différence concerne les modalités de remboursement du prêt qui, selon les conditions générales de Y.\_\_\_\_, était remboursable également en cas de défaite selon les "modalités convenues entre les parties".

Le rapport du chargé d'enquête contient notamment une analyse détaillée de l'activité des deux sociétés ainsi qu'un examen par échantillonnage de dossiers clients.

Par décision du (...) 2023, la FINMA a retenu que les conditions fixées par la jurisprudence pour qualifier une activité d'assurance étaient remplies et a dès lors constaté que X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ ainsi que A.\_\_\_\_, associé-gérant de X.\_\_\_\_ et administrateur de Y.\_\_\_\_, ont exercé une activité d'assurance sans disposer de l'autorisation requise.

La FINMA a alors constaté que X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ et A.\_\_\_\_ ont exercé une activité en matière d'assurance sans l'autorisation nécessaire, a nommé un liquidateur et a ordonné la liquidation immédiate des deux sociétés. La FINMA a également ordonné la confiscation du produit de liquidation en faveur de la Confédération, a donné ordre à A.\_\_\_\_ de s'abstenir d'exercer, sans l'autorisation nécessaire, toute activité soumise à autorisation selon les lois sur les marchés financiers et a publié l'ordre de s'abstenir pour une durée de 2 ans sur son site internet.

## Extrait des considérants

(...)

### 1. Activité en matière d'assurance exercée sans droit

(55) La LSA<sup>1</sup> a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus<sup>2</sup>. Les entreprises d'assurance sises en Suisse qui exercent une activité d'assurance directe ou de réassurance doivent préalablement avoir obtenu un agrément de la FINMA et sont soumises à sa surveillance<sup>3</sup>. Lorsque des circonstances particulières le justifient, la FINMA peut libérer de la surveillance une entreprise d'assurance pour laquelle l'activité d'assurance est de faible importance économique ou ne touche qu'un cercle restreint d'assurés<sup>4</sup>.

(56) Conformément à l'art. 2 al. 4 LSA, il revient au Conseil fédéral de définir l'activité en Suisse en matière d'assurance. Dans une ordonnance datée du 9 novembre 2005, le Conseil fédéral a précisé que, indépendamment du mode et du lieu de conclusion du contrat, il existe une activité d'assurance en Suisse lorsqu'une personne physique ou morale domiciliée en Suisse est preneur d'assurance ou assurée<sup>5</sup>. Par ailleurs, la LSA s'applique à l'ensemble des activités d'assurances des entreprises d'assurances suisses tant pour les activités d'assurance en Suisse qu'à l'étranger. Ainsi, même les contrats d'assurance conclus depuis la Suisse mais qui portent exclusivement sur des risques sis à l'étranger avec des preneurs d'assurance domiciliés à l'étranger sont soumis à la LSA. Dans de tels cas, il peut également exister une compétence de surveillance étrangère concurrente au domicile du preneur d'assurance<sup>6</sup>.

(57) Le législateur n'ayant pas défini la notion d'assurance, le Tribunal fédéral a développé cinq critères cumulatifs pour la définir<sup>7</sup>: l'existence d'un risque, la prestation du preneur d'assurance consistant en le paiement d'une prime, la prestation d'assurance, le caractère autonome de l'opération et la compensation des risques sur la base des données de la statistique. Il convient d'examiner ci-après si les prestations de X.\_\_\_\_, respectivement de Y.\_\_\_\_ répondent aux critères de la définition donnée de l'activité d'assurance.

(58) L'existence d'un risque : il s'agit de l'élément central pour la qualification d'assurance. L'objet d'une assurance est toujours un risque ou un danger, c'est-à-dire un événement dont la survenance est possible mais incertaine. Le risque respectivement ses incidences financières sont transférées de l'assuré à l'assureur<sup>8</sup>. L'incertitude prise en charge par l'assureur consiste typiquement à déterminer si et

---

<sup>1</sup> Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA; RS 961.01).

<sup>2</sup> Art. 1 al. 2 LSA.

<sup>3</sup> Art. 2 al. 1 let. a en relation avec l'art. 3 al. 1 LSA.

<sup>4</sup> Art. 2 al. 3 LSA.

<sup>5</sup> Art. 1 al. 1 let. a OS.

<sup>6</sup> HEISS/MÖNNICH, in: Hsu/Stupp (éd.), Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, Bâle 2013, nos 5 s ad art. 2 LSA et les références citées.

<sup>7</sup> ATF 114 Ib 244 consid. 4.a et les références citées.

<sup>8</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 15 ss ad art. 2 LSA et les références citées.

quand survient l'événement qui déclenche l'obligation de verser des prestations. L'incertitude peut également résulter des suites d'un événement (déjà certain)<sup>9</sup>. Dans un arrêt du 21 janvier 2011, le Tribunal fédéral a, par exemple, admis que l'assureur de garantie de loyer qui s'engage à verser au bailleur le montant de la garantie de loyer à la place du locataire tout en se réservant le droit de se retourner contre ce dernier pour obtenir le remboursement de la somme versée, supporte le risque d'insolvabilité du locataire. Ainsi, le risque de non-paiement de la part du locataire suffit à lui seul à qualifier ce risque comme un risque d'assurance<sup>10</sup>.

(59) En l'espèce, l'objet des abonnements juridiques proposés par X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ est le transfert d'un risque des clients à X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_. En effet, lorsque le client conclut un abonnement juridique, X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ assument le risque de devoir fournir des services juridiques et de supporter des frais administratifs, respectivement des frais d'avocats, de justice ou encore d'expertise occasionnés par des affaires juridiques. Lorsqu'un client annonce un sinistre, X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ supporte le risque et partant les conséquences financières qui découlent du besoin d'assistance juridique en question. Dans les cas où il existe un sinistre antérieur à la conclusion de l'abonnement, X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ prennent en charge les frais à hauteur de 50% pour ce sinistre, mais continuent en parallèle à supporter le risque pour des éventuels litiges futurs pouvant intervenir pendant la durée de l'abonnement. En ce sens, X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ fournissent des services allant au-delà de ceux proposés par des assurances de protection juridique classiques, ce qui n'a toutefois aucune influence sur l'existence d'un risque incertain transféré à X.\_\_\_\_ /Y.\_\_\_\_ à la conclusion de l'abonnement. Par ailleurs, il a été constaté dans le cadre de l'enquête que, dans au moins un cas, X.\_\_\_\_ a pris en charge les frais d'honoraires sans conclure un contrat de prêt avec le client, il n'était ainsi pas prévu que ces avances soient remboursées contrairement à ce que prévoient les conditions générales de X.\_\_\_\_. En outre, il n'a pas pu être constaté que la nouvelle teneur des conditions générales de Y.\_\_\_\_ prévoyant le remboursement du prêt quel que soit l'issue de la procédure ait été mise en œuvre. A ce jour, aucun prêt n'a fait l'objet d'un remboursement. Ces éléments permettent de conclure que le risque de devoir payer des prestations juridiques ainsi que des avances de frais sont supportés par X.\_\_\_\_ et Y.\_\_\_\_ en lieu et place des clients. Enfin, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, même si le prêt octroyé par Y.\_\_\_\_ est assorti d'une obligation de remboursement, le simple fait de supporter le risque d'insolvabilité de ses clients suffit pour justifier la qualification de risque d'assurance.

(60) La prestation de l'assuré (la prime) et la prestation d'assurance : Pour pouvoir qualifier un contrat de contrat d'assurance, il est essentiel que l'obligation du preneur d'assurance de payer les primes soit contrebalancée par une obligation de l'assureur de fournir des prestations. L'assuré doit donc avoir droit à la prestation de l'assureur au moment de la survenance de l'événement assuré<sup>11</sup>. A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si la promesse de fournir un service (assistance, conseils, etc) constitue une prestation d'assurance. Toutefois, il ressort de la doctrine récente que les prestations de services peuvent également être considérées comme des prestations d'assurance. Par ailleurs, cette position est confirmée et défendue par le Conseil fédéral en ce qui concerne l'assurance de protection juridique, qu'il a définie à l'art. 161 OS comme suit: "*Par le contrat d'assurance de protection juridique, l'entreprise d'assurance s'engage, contre paiement d'une prime, à*

---

<sup>9</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 5 s. ad art. 2 LSA et les références citées.

<sup>10</sup> TF 2C\_410/2010 du 21 janvier 2011 consid. 3.2 et 4.2.

<sup>11</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 23 ss ad art. 2 LSA et les références citées.

rembourser les frais occasionnés par des affaires juridiques ou à fournir des services dans de telles affaires<sup>12</sup>.

(61) En l'occurrence, lorsqu'un client conclut un contrat d'abonnement juridique avec X. \_\_\_ / Y. \_\_\_, il s'engage à payer une prime annuelle lui permettant ensuite d'avoir accès à un catalogue de prestations en fonction de l'abonnement choisi. X. \_\_\_ / Y. \_\_\_ s'engagent de leur côté à fournir l'assistance juridique au client en cas de besoin pour autant que les conditions de prise en charge du cas soient remplies. X. \_\_\_ / Y. \_\_\_ se laissent une grande marge d'appréciation pour décider s'il s'agit d'un cas d'antériorité ou si le cas a peu de chances de succès. Dans ces cas-là, les prestations restent prises en charge de manière partielle, à hauteur de 50%. Cette façon de procéder est plus généreuse que la pratique des assurances juridiques présentes sur le marché. En effet, les cas d'antériorité ne sont en principe pas pris en charge par les assurances de protection juridique et certains domaines sont également souvent exclus du panel de prestations inclus dans le cadre du contrat.

(62) Le caractère autonome de l'opération : L'autonomie de l'opération est essentielle à l'activité d'assurance quand bien même le caractère d'une opération d'assurance ne disparaît pas du seul fait qu'elle soit liée dans un même accord à des prestations d'un autre type. Pour déterminer si la prestation d'assurance se présente simplement comme une convention accessoire ou une modalité de l'ensemble de l'opération, il faut tenir compte de l'importance respective des deux éléments du contrat dans le cas concret et cela doit être apprécié en fonction des circonstances<sup>13</sup>.

(63) En l'occurrence, l'obligation pour X. \_\_\_ / Y. \_\_\_ de fournir des prestations juridiques aux clients ayant souscrit les abonnements et de supporter des frais administratifs, respectivement des frais d'avocats, de justice ou encore d'expertise ne représente pas un engagement qui serait accessoire ou complémentaire par rapport à un autre contrat existant ou par rapport à une autre prestation prédominante entre X. \_\_\_ / Y. \_\_\_ et les clients. Au contraire, l'enquête a montré que les abonnements juridiques proposés sont des contrats autonomes.

(64) La compensation des risques sur la base des données de la statistique : Enfin, la jurisprudence exige, comme autre caractéristique de l'activité d'assurance, que l'entreprise compense les risques pris en charge selon les lois de la statistique. Les exigences posées par le Tribunal fédéral pour ce critère ne sont pas toujours formulées de manière uniforme dans la pratique judiciaire. Le Tribunal fédéral n'exige pas un calcul actuariel correct mais une compensation des risques sur la base de données statistiques<sup>14</sup>. En outre, il a précisé qu'il suffit que la compensation des risques se fasse selon la loi des grands nombres et selon la planification en fonction de la nature de l'entreprise<sup>15</sup>. Dans un autre arrêt<sup>16</sup>, le Tribunal fédéral a adopté une approche différente et a considéré que le critère de la compensation des risques sur la base des données de la statistique est rempli lorsque les recettes provenant de l'activité d'assurance permettent de couvrir les dépenses tout en laissant subsister une marge de sécurité. Enfin, dans un autre arrêt<sup>17</sup>, la Haute Cour a déduit du fait que les produits étaient proposés à un cercle

---

<sup>12</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 26 ss ad art. 2 LSA et les références citées.

<sup>13</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 30ss ad art. 2 LSA et les références citées.

<sup>14</sup> ATF 107 Ib 54 consid. 5.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> ATF 92 I 126, consid. 3.

<sup>17</sup> TF 2C\_410/2010 du 21 janvier 2010 consid. 3.4.

indéterminé de personnes que les risques seraient logiquement répartis entre tous les clients selon les lois de la statistique et des grands nombres<sup>18</sup>.

(65) In casu, les risques assumés par X. \_\_\_/Y. \_\_\_ sont compensés par les lois de la statistique, à tout le moins par la compensation des risques selon la loi des grands nombres. Sachant que seule une très petite partie de leur clientèle aura recours aux prestations fournies par X. \_\_\_/Y. \_\_\_, ces dernières tablent sur le fait que les revenus provenant des cotisations des abonnements juridiques serviront à couvrir les dépenses engagées pour les clients dont le cas doit être pris en charge par X. \_\_\_/Y. \_\_\_ tout en laissant subsister une marge de sécurité. En effet, l'analyse des dossiers a relevé que lorsqu'un client annonce un cas à X. \_\_\_/Y. \_\_\_, les frais engagés pour traiter le cas sont au minimum trois fois supérieurs à la cotisation payée. Une prise en charge dans ces proportions n'est possible qu'en partant du principe que seuls quelques clients auront besoin d'une assistance juridique et en s'assurant que l'ensemble des cotisations servent à couvrir ces frais. (...).

(66) (...) L'enquête a, cependant, révélé qu'il y a bien une adéquation économique entre les prestations fournies aux clients par X. \_\_\_/Y. \_\_\_ et les cotisations des abonnements qu'elle perçoit. De cette manière, X. \_\_\_/Y. \_\_\_ compensent leurs propres risques, à savoir les frais liés aux prestations juridiques qu'elles fournissent ainsi que le risque de ne pas obtenir le remboursement du prêt octroyé au client, par la diversification des risques qui se produit lorsqu'un grand nombre d'opérations correspondantes sont conclues c'est-à-dire selon la loi des grands nombres. Au vu de ce qui précède, il ne fait aucun doute que le critère de la compensation des risques est rempli dans le cadre du modèle d'affaires de X. \_\_\_/Y. \_\_\_.

(69) (...) Au vu de ce qui précède, il est établi que X. \_\_\_ et Y. \_\_\_ ont exercé, respectivement exercent une activité d'assurance au sens de l'art. 2 al. 1 let. a en relation avec l'art. 3 al. 1 LSA et de l'art. 161 OS sans disposer de l'autorisation requise de la FINMA. En effet, à la conclusion d'un abonnement, les clients peuvent requérir des services juridiques de la part de X. \_\_\_/Y. \_\_\_ contre le paiement d'une prime annuelle. En plus de ces services, ces dernières octroient un prêt aux clients pour couvrir les frais de justice et les honoraires d'avocats. Bien que ces prêts soient remboursables "selon les modalités convenues" aucune de ces modalités ne semblent exister dans les faits et aucun remboursement de prêt n'a pu être constaté. Enfin, le simple fait de supporter le risque d'insolvabilité des clients suffit pour que le critère de risque d'assurance soit rempli. En outre, au vu du nombre actuel de contrats d'abonnements juridiques détenus par Y. \_\_\_, du chiffre d'affaires que ses abonnements juridiques génèrent et du fait que Y. \_\_\_, et avant elle X. \_\_\_, offre ses prestations à un nombre illimité de personnes, il n'existe aucune circonstance particulière au sens de l'art. 2 al. 3 LSA permettant de libérer X. \_\_\_ et Y. \_\_\_ de la surveillance selon l'art. 2 al. 1 LSA.

(...)

Dispositif

---

<sup>18</sup> HEISS/MÖNNICH, *op. cit.*, nos 34 ss ad art. 2 LSA et les références citées.