

Interdiction d'acquérir de nouveaux portefeuilles de clients

ARRÊT du Tribunal administratif fédéral B-5264/2015 du 31 octobre 2016

Violations graves du droit de la surveillance en raison d'un non-respect des plans d'exploitation approuvés par la FINMA, en particulier concernant des primes qui n'avaient pas été approuvées par la FINMA (art. 4 al. 2 let. r et art. 5 al. 1 LSA), manquements importants dans le domaine de la gouvernance d'entreprise (art. 22 al. 1 et art. 27 al. 1 LSA, art 96 ss OS et circulaire FINMA 2008/32 « Gouvernance d'entreprise – assureurs ») et non-respect de l'obligation de présenter la garantie d'une activité irréprochable (art. 14, art. 46 al. 1 let. b et art. 67 LSA) ; interdiction provisoire d'acquérir des nouveaux portefeuilles de clients comme mesure de sûreté (art. 51 LSA) ; mise à charge les frais de procédure de la FINMA (art. 15 LFINMA en relation avec l'art. 5 al. 1 let. a et l'art. 8 al. 3 Oém-FINMA).

1. Les tarifs approuvés par la FINMA au-travers du plan d'exploitation dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire sont contraignants. L'entreprise d'assurance ne doit pas percevoir des assurés des primes divergeant de ce qui y est fixé (consid. 4).
2. Les interdépendances personnelles et organisationnelles entre les différentes sociétés d'un groupe d'assurance qui compromettent un contrôle efficace de l'activité commerciale et rendent difficiles un traitement objectif des conflits d'intérêt conjuguées à un système de rémunération inadéquat du management ne sont compatibles ni avec les exigences posées à un système approprié de gestion des risques ainsi qu'à un système de contrôle interne efficace ni à celles régissant l'obligation de garantie d'une activité irréprochable (consid. 5 à 7).
3. Pour ordonner des mesures de sûreté sur la base de l'art. 51 LSA, la FINMA, en tant qu'autorité spécialisée, dispose d'un large pouvoir d'appréciation technique. La FINMA peut également prendre des mesures autres que celles effectivement mentionnées à l'art. 51 al. 2 LSA. L'interdiction temporaire ordonnée par la FINMA à l'encontre de la recourante d'acquérir des nouveaux portefeuilles de clients dispose d'une base légale suffisante (consid. 8.1).
4. Les frais de procédure facturés par la FINMA à la recourante d'un montant de 608 000 CHF ne sont pas exagérés compte tenu de la durée et de l'ampleur de la procédure (consid. 9).

Schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen wegen Verstoss gegen die von der FINMA genehmigten Geschäftspläne, insbesondere im Zusammenhang mit nicht von der FINMA genehmigten Prämien (Art. 4 Abs. 2 Bst. r VAG und Art. 5 Abs. 1 VAG), erheblichen Mängeln im Bereich der Corporate Governance (Art. 22 Abs. 1 VAG, Art. 27 Abs. 1 VAG, Art. 96 ff. AVO und FINMA-Rundschreiben 2008/32 «Corporate Governance Versicherer») und Verletzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 14 VAG, Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG und Art. 67 VAG); befristetes Verbot zur Übernahme von neuen Kundenportefeuilles als sichernde Massnahme (Art. 51 VAG); Auferlage der FINMA-Verfahrenskosten (Art. 15 FINMAG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Art. 8 Abs. 3 FINMA-GebV).

1. Die von der FINMA im Krankenzusatzversicherungsgeschäft mit dem Geschäftsplan genehmigten Tarife sind verbindlich. Das Versicherungsunternehmen darf von den Versicherten nicht davon abweichende Prämien erheben (E. 4).
2. Personelle und organisatorische Verflechtungen zwischen den einzelnen Gesellschaften der Versicherungsgruppe, die eine wirksame Kontrolle der Geschäftstätigkeit beeinträchtigen und einen sachgerechten Umgang mit Interessenkonflikten erschweren, verbunden mit einem nicht angemessenen Vergütungssystem für das Management, sind weder mit den Anforderungen an ein angemessenes Risikomanagement und ein wirksames internes Kontrollsystem noch mit den Anforderungen an die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit vereinbar (E. 5-7).

3. Bei der Anordnung von sichernden Massnahmen gestützt auf Art. 51 VAG kommt der FINMA als Fachbehörde ein grosser Ermessensspielraum zu. Die FINMA kann auch andere als die in Art. 51 Abs. 2 VAG namentlich erwähnten Massnahmen treffen. Das von der FINMA gegen die Beschwerdeführerinnen angeordnete befristete Verbot zur Übernahme von neuen Kundenportefeuilles stützt sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage (E. 8.1).
4. Die von der FINMA den Beschwerdeführerinnen auferlegten Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 608 000.– sind angesichts der Verfahrensdauer und des Verfahrensumfangs nicht zu beanstanden (E. 9).

Grave violazione delle disposizioni in materia di vigilanza a causa del mancato rispetto dei piani d'esercizio approvati dalla FINMA, con particolare riferimento ai premi non approvati da quest'ultima (art. 4 cpv. 2 lett. r LSA e art. 5 cpv. 1 LSA), alle gravi lacune sul piano della *corporate governance* (art. 22 cpv. 1 LSA, art. 27 cpv. 1 LSA, art. 96 segg. OS e Circolare FINMA 08/32 «Corporate governance – assicuratori») e al mancato adempimento del requisito della garanzia di un'attività irrepreensibile (art. 14 LSA, art. 46 cpv. 1 lett. b LSA e art. 67 LSA); divieto temporaneo di assunzione di nuovi portafogli clienti a titolo di provvedimento conservativo (art. 51 LSA); imputazione delle spese procedurali della FINMA (art. 15 LFINMA in combinato disposto con l'art. 5 cpv. 1 lett. a e con l'art. 8 cpv. 3 Oem-FINMA).

1. Le tariffe che la FINMA ha approvato contestualmente al piano d'esercizio nel segmento delle assicurazioni malattie complementari sono vincolanti. L'impresa di assicurazione non può riscuotere dagli assicurati premi di importo divergente (consid. 4).
2. Le interdipendenze a carattere personale e organizzativo tra le singole società del gruppo assicurativo che compromettono il controllo efficace dell'attività e un'adeguata gestione dei conflitti d'interesse, unitamente a un sistema inadeguato di retribuzione del management, non sono compatibili né con i requisiti per un'adeguata gestione dei rischi e un efficace sistema di controllo interno, né con quelli relativi alla garanzia di un'attività irrepreensibile (consid. 5-7).
3. Nell'ordinare provvedimenti conservativi secondo l'art. 51 LSA, la FINMA, quale autorità competente in materia, dispone di un ampio margine discrezionale. Le misure adottate dalla FINMA possono anche divergere rispetto a quelle menzionate nell'art. 51 cpv. 2 LSA. Il divieto temporaneo di assumere nuovi portafogli clienti, ordinato dalla FINMA nei confronti delle ricorrenti, si fonda su una base giuridica sufficiente (consid. 8.1).
4. In considerazione della durata e della portata del procedimento della FINMA, l'ammontare delle spese procedurali poste a carico delle ricorrenti, pari a CHF 608 000.–, è da ritenersi ineccepibile (consid. 9).

Résumé des faits

D._____ est une association regroupant plusieurs sociétés d'assurance dont A._____ SA (ci-après : A._____), Groupe C._____ SA (ci-après : C._____) et B._____ SA (ci-après : B._____). Les membres de D._____ lui sont liés par des conventions de services qui leur permettent d'externaliser leurs activités auprès d'elle, les sociétés affiliées n'ayant pas – comme notamment A._____ et B._____ – ou peu comme C._____ – d'employés propres. D._____ se trouve de cette manière au centre d'un groupe de sociétés actives dans divers domaines d'assurance (ci-après : le Groupe). Elle est dirigée par un comité dont faisaient partie E._____, F._____ et G._____ qui en ont démissionné en septembre 2014. Au moment du prononcé de la décision attaquée, les actions de A._____ étaient détenues à 100 % par N._____, celles de B._____ appartenaient aux fondations J._____, K._____, L._____ ainsi que M._____, tandis que N._____ possédait 79.3 % des actions de C._____, le reste appartenant à des membres du conseil d'administration et de la direction dont E._____, F._____ et G._____. Ces derniers faisaient partie des conseils d'administration des trois sociétés jusqu'à leur démission en septembre 2014 ainsi que des conseils de toutes les fondations précitées jusqu'au 15 août 2015 à l'exception de celui de N._____ duquel ils ont démissionné avec effet au 25 juin 2015.

En 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a effectué un contrôle approfondi de D._____, A._____, B._____ et C._____. Le 31 mars 2014, la FINMA a ouvert une procédure d'*enforcement* à l'encontre de A._____, C._____ et B._____ pour soupçon de violation du droit de la surveillance et leur a ordonné de prendre des mesures afin de s'y conformer. Par décision du 4 avril 2014, la FINMA a nommé H._____ et I._____ en tant que chargés d'audit pour examiner le fonctionnement de D._____, A._____, C._____ et B._____. Il ressort du rapport rendu

par I._____ que A._____ et B._____ avaient appliqué dans un certain nombre de contrats des tarifs déviant de ceux approuvés par la FINMA ; I._____ a également constaté un contrôle insuffisant des conflits d'intérêts en lien notamment avec la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés estimant en outre lacunaire leur système de gouvernance d'entreprise. Dans la série de rapports rendus par H._____, il est notamment confirmé que le système de rémunération présentait des défauts du point de vue de la gouvernance d'entreprise voire de la législation applicable ; il y est également constaté que les nominations de proches de E._____ à des fonctions dirigeantes auprès de D._____ et des recourantes avaient été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises ; il en ressort aussi que de nouveaux membres avaient été élus au comité de D._____ et aux conseils d'administration des recourantes ; enfin, il y est relevé que plusieurs règlements avaient été adoptés dans le but d'améliorer la gouvernance d'entreprise et la gestion des conflits d'intérêts. H._____ a en outre indiqué que E._____ pouvait dans les faits avoir cumulé les fonctions de président de comité ou de conseil d'administration et de directeur mais que ce fait ne pouvait être établi avec certitude.

Dans sa décision du 26 juin 2015, la FINMA a déclaré que le fonctionnement de D._____ et des entités affiliées soulevait en particulier quatre aspects du droit de la surveillance : l'utilisation de tarifs non approuvés par la FINMA ; le système de rémunération des organes ; les conflits d'intérêts, l'organisation et la gouvernance d'entreprise ; la garantie d'une activité irréprochable.

La FINMA a conclu que les violations graves et répétées du droit de la surveillance, leur durée et leurs conséquences justifiaient leur constatation (ch. 1 du dispositif). En outre, le non-respect du plan d'ex-

exploitation ainsi que les problèmes d'organisation interne et de gouvernance d'entreprise imposaient de prendre des mesures afin de rétablir l'ordre légal malgré les améliorations et changements d'organes déjà effectués par les recourantes. La FINMA a décidé que leur société d'audit devra contrôler la mise en œuvre des mesures exigées en 2014 et rendre un rapport à échéances régulières (ch. 2 du dispositif). Compte tenu de l'incapacité du service compliance et de l'audit interne à s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients provenant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés par le Groupe jusqu'à la fin de l'année 2016 (ch. 5 du dispositif). Le rythme de croissance soutenu du groupe n'a selon elle pas été suivi au niveau organisationnel ; dès lors, la mesure doit permettre aux recourantes de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. La FINMA a ordonné à A._____ et B._____ de lui soumettre pour approbation jusqu'au 29 février 2016 l'intégra-

lité des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire (ch. 4 du dispositif). Elle a demandé aux recourantes d'éviter par toutes mesures adéquates de verser les indemnités de départ prévues à E._____, F._____ et G._____ afin de protéger les intérêts des assurés contre les abus (ch. 3 du dispositif). Elle a averti les recourantes qu'elles s'exposaient à une amende si elles ne respectaient pas les ch. 1 à 5 du dispositif et a déclaré les ch. 2 et 3 immédiatement exécutoires (ch. 6 et 7 du dispositif). Enfin, elle a mis les frais de la procédure par 608'000 CHF à la charge des recourantes (ch. 8 du dispositif).

Par mémoire du 28 août 2015, A._____, C._____ et B._____ ont recouru contre cette décision en concluant à l'annulation du ch. 5 de son dispositif, à la réduction de l'émolument de décision de la FINMA dans une proportion équitable et à l'octroi d'une indemnité à titre de dépens.

Extrait des considérants

(...)

3.

Les manquements constatés par la FINMA ne sont pas tous, ou du moins pas entièrement, contredits par les recourantes qui n'ont dirigé leur recours que contre le ch. 5 du dispositif leur interdisant d'acquérir des portefeuilles de clients. Ils devront néanmoins être examinés même s'ils ne font en soi pas l'objet du recours attendu qu'ils constituent le motif des mesures conservatoires décidées par la FINMA et contestées par les recourantes. Quant aux divers faits dont celles-ci allèguent une constatation inexacte ou incomplète, ils seront traités dans les considé-

rants qui suivent pour autant qu'ils s'avèrent susceptibles d'influer sur le sort de l'affaire (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.).

4.

Le premier reproche de la FINMA à l'encontre de A._____ et B._____ porte sur l'usage de tarifs déviant de ceux qu'elle avait approuvés. Celles-ci ne remettent pas en cause ce constat mais déclarent que ces actions n'étaient pas volontaires, que les assurés concernés avaient été remboursés et que leur nombre ne constituait que 0.75 % de l'effectif des bénéficiaires d'assurances complémentaires tandis

que les primes trop perçues n'avaient pas dépassé 2.2 % du total des primes encaissées dans chacune des années concernées.

4.1 En vertu 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 cette loi. La surveillance est exercée par la FINMA (art. 1 al. 1 let. g en relation avec l'art. 6 al. 1 LFINMA). Selon l'art. 3 al. 1 LSA, ces entreprises doivent avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer leur activité d'assurance. À cette fin, elles doivent présenter à la FINMA une demande accompagnée d'un plan d'exploitation (art. 4 al. 1 LSA). Celui-ci doit notamment contenir les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse pour l'assurance de l'ensemble des risques dans la prévoyance professionnelle et dans l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 4 al. 2 let. r LSA). Les modifications des parties du plan d'exploitation mentionnées à l'art. 4 al. 2 let. a, h, k et r doivent être approuvées par la FINMA avant leur réalisation (art. 5 al. 1 LSA). L'agrément est accordé si les exigences légales sont remplies et si les intérêts des assurés sont sauvegardés (art. 6 al. 1 LSA). Selon l'art. 38 LSA, au cours de la procédure d'approbation, la FINMA examine, d'après les calculs de tarifs que lui présentent les entreprises d'assurance, 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, sous réserve de l'art. 33 al. 3 LSA non applicable en l'espèce.

4.2 A._____, C._____ et B._____ sont agréées pour exercer des activités d'assurance complémentaire et d'assurance-vie. Elles doivent dès lors se conformer aux conditions auxquelles la LSA soumet les entreprises tombant dans son champ d'application, y compris au respect du plan d'exploitation

et des tarifs approuvés. En l'espèce, A._____ et B._____ ne contestent pas avoir dans un certain nombre de cas appliqué des tarifs non approuvés mais relativisent l'importance de la violation compte tenu du volume de prime concerné. I._____ a relevé dans son rapport que les rabais commerciaux avaient été comptabilisés de manière erronée, que les descriptions et la documentation des processus et du système de contrôle interne étaient insuffisantes ; le fait que 26 comptabilités étaient tenues pour 6 sociétés dont 7 pour 2 sociétés d'assurances complémentaires augmentait fortement la complexité de la tenue des comptes raison pour laquelle I._____ a recommandé la fusion des comptabilités.

4.3 Les divergences constatées par le passé et le fait que A._____ et B._____ doivent actuellement faire approuver de nouveaux tarifs par la FINMA ne constituent en soi pas un motif justifiant les mesures de sûreté ordonnées dans la mesure où I._____ a identifié la cause des violations constatées et qu'une application correcte des tarifs déjà approuvés semble réalisable au stade actuel si les sociétés font preuve de l'attention nécessaire. Les contrats litigieux ont été résiliés ou sont en voie de l'être. Cependant, la cause des manquements réside – du moins en partie – dans la complexité de la comptabilité des sociétés affiliées à D._____ et l'insuffisance des contrôles internes qui n'ont pas été en mesure de découvrir les erreurs identifiées par la FINMA (cf. infra consid. 5.2). Il ne s'agit en outre pas d'incidents isolés nonobstant l'argument des recourantes selon lequel les rabais et les primes excessifs se limitaient au résultat à un pourcentage modeste du chiffre d'affaires et du nombre d'assurés. Cet aspect devra par conséquent être pris en compte dans l'évaluation globale de la nécessité d'intervenir dans le développement des affaires des recourantes en leur interdisant d'acquérir des portefeuilles d'assurés (cf. infra consid. 7).

5.

La FINMA a estimé que les manquements constatés témoignaient d'une gouvernance d'entreprise et d'une organisation inappropriées et lacunaires. Les recourantes rétorquent que des améliorations avaient été apportées à l'organisation de manière à éviter de tels problèmes à l'avenir et que les intérêts des assurés ne se trouvaient plus en danger.

En vertu de l'art. 22 al. 1 LSA, l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux. Les art. 96 à 98 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS, RS 961.011) concrétisent les devoirs des assureurs en matière de gestion des risques. Selon l'art. 27 al. 1 LSA, elle doit au demeurant disposer d'un système interne de contrôle efficace, portant sur l'ensemble de son activité, et désigne en outre un organe interne de révision indépendant de la haute direction (inspectorat). Se fondant sur l'art. 7 al. 1 let. b LFINMA, la FINMA a concrétisé ces exigences dans la Circulaire 2008/32 – Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et système interne de contrôle en matière d'assurance (ci-après : Circ. 2008/32). La FINMA y indique que la gouvernance d'entreprise vise à réaliser un équilibre fonctionnel entre les organes de l'entreprise, une transparence de ses processus internes ainsi que l'harmonisation des objectifs de l'entreprise avec les attentes des divers groupes d'ayants droit, en particulier des preneurs d'assurance (cf. Circ. 2008/32 cm. 5). Parmi les principes à respecter dans ce cadre figurent : la documentation claire des structures de gouvernance ; la détermination de systèmes de rémunération et d'incitation appropriés servant les intérêts durables de l'entreprise et encourageant un comportement éthique ; le recrutement de collaborateurs sur la base des qualifications nécessaires ; la

prévention des conflits d'intérêts et des abus ; l'indépendance de la révision interne en tant que fonction importante pour la surveillance de l'activité. Les processus de gestion des risques et de système interne de contrôle se composent des éléments suivants : la reconnaissance et l'évaluation des risques ; les mesures pour la maîtrise des risques et les activités de contrôle ; l'information et la documentation ; la surveillance aux fins de constatation de manquements et les mesures correctives (cf. Circ. 2008/32 cm. 18).

Les circulaires adoptées par la FINMA visent à préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers (art. 7 al. 1 let. b LFINMA) ; elles n'ont toutefois pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 133 II 305 consid. 8.1, arrêt du TF 2C_894/2014 du 18 février 2016 consid. 4.6.1 et 4.6.4). C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les circulaires pertinentes.

Dans son rapport, I._____ a constaté que les sociétés affiliées à D._____ tenaient au total 26 comptabilités héritées des sociétés et portefeuilles d'assurances acquis par les sociétés du Groupe ; elles détenaient 200 comptes bancaires ainsi qu'un nombre considérable de comptes de passage et comptes courants entre les diverses comptabilités ; en outre, la manière de comptabiliser présentait des aspects problématiques. Tout cela augmentait l'opacité du système comptable dont I._____ a recommandé l'adaptation à la taille du Groupe. Après avoir discuté avec les comptables, I._____ a constaté

une absence de processus formel concernant l'élaboration de nouveaux rabais commerciaux ainsi que de contrôles formels pour les changer dans la comptabilité. Comme le relève la FINMA, les problèmes découlent en partie de la croissance rapide du Groupe dont l'organisation et les processus internes n'ont pas suivi le rythme. Ce manque d'adaptation a abouti à des lacunes incompatibles avec les exigences de gouvernance d'entreprises en matière de gestion des risques et de système interne de contrôle.

S'agissant des conflits d'intérêts, ils ont selon I._____ souvent été causés par le fait que les sociétés étaient dirigées par une direction de facto unique à laquelle appartenaient E._____, F._____ et G._____. Outre les aspects liés à la rémunération (cf. infra consid. 6), il appert notamment que la gestion des courantes a été incompatible avec les principes de gouvernance d'entreprise en matière de recrutement des collaborateurs. En effet, selon le rapport 2 de H._____ du 30 septembre 2014, certaines nominations à des fonctions dirigeantes paraissent avoir été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises et alors même que les personnes nommées ne semblaient pas disposer des compétences nécessaires à l'exercice des fonctions en question. D'une part, le fils de E._____, R._____, a été élu en 2012 en tant qu'administrateur de B._____, sur proposition de son père et avec le soutien du conseil d'administration dont E._____, F._____ et G._____ constituaient la majorité ; ces mêmes personnes siégeaient en outre dans les comités des fondations actionnaires de B._____. D'autre part, la fille de E._____, S._____, a été nommée en 2012 en qualité de directrice juridique au sein du comité de direction de D._____ lequel a été créé sur proposition de celui-ci qui a en outre énoncé les qualifications attendues des membres. Dans les deux cas, H._____ a jugé la nomination comme préma-

turée compte tenu de l'expérience professionnelle de ces personnes de sorte qu'il peut être conclu que le recrutement n'est pas uniquement intervenu sur la base des qualifications nécessaires mais également sur celle de liens familiaux.

Il ressort en outre des inscriptions au Registre du commerce que de telles nominations ont eu lieu également dans les fondations liées au Groupe dans les comités desquelles E._____, F._____ et G._____ siégeaient en qualité de membres. Ainsi, S._____ a été élue aux comités de la fondation J._____ en 2010, de la fondation M._____ en 2012 et de N._____ en 2013 tandis que R._____ a été élu en 2011 au comité de la fondation L._____ et siégeait également à celui de la fondation K._____ ; les deux ont quitté ces postes en 2013. Ces cumuls de fonctions et nominations ne s'avéraient pas conformes aux exigences en matière d'équilibre fonctionnel entre les organes dès lors que les mêmes personnes se retrouvaient aux conseils d'administration des sociétés d'assurances et, en tant que membres des comités des fondations actionnaires, en influençaient voire contrôlaient les assemblées générales. À cela venait s'ajouter le contrôle qu'ils exerçaient sur D._____ en tant qu'association reliant ces sociétés entre elles.

Parmi les autres éléments problématiques du point de vue de la gouvernance figurent les affaires conclues entre les sociétés et leurs organes. Ainsi, lors de la fondation de A._____, quatre des cinq fondateurs constituaient la majorité du comité de D._____ soit du prêteur des fonds nécessaires à la souscription des actions. Même si le prix payé devait s'avérer juste, il n'en reste pas moins que les transactions entre les sociétés et leurs dirigeants ont été décidées et exécutées de manière peu transparente ; un tel procédé est sujet à abus et nécessite la mise en place de mesures garantissant le respect des intérêts des sociétés

et de leurs assurés (cf. arrêt du TAF B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 6.5.1). I._____ a relevé que les explications données par le Groupe sur les raisons qui ont mené à cette fondation – réalisée à titre fiduciaire selon le Groupe – comme sur la prime spéciale versée dans ce cadre s'avéraient peu convaincantes et semblaient en partie établies subseqüemment afin de justifier les faits déjà accomplis.

Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'organisation des recourantes s'avérait déficiente à plusieurs égards et incompatible non seulement avec certains principes ancrés dans la Circ. 2008/32 mais également avec les exigences des art. 22 al. 1 et art. 27 al. 1 LSA en raison de la faiblesse du contrôle interne et de la gestion des risques.

6.

Au sujet des rémunérations, la FINMA se réfère à sa Circulaire 2010/1 – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers (ci-après : Circ. 2010/1) dans laquelle elle a instauré des normes minimales concernant la rémunération des organes des entreprises assujetties. Selon la FINMA, cette circulaire s'applique aux entreprises qui doivent détenir des fonds propres en fonction du volume des affaires d'au moins 2 milliards de CHF ; elle peut en imposer l'application à des entreprises n'atteignant pas ces seuils mais a renoncé à le faire dans le cas d'espèce car A._____, C._____ et B._____ s'étaient dotées elles-mêmes d'un nouveau système de rémunération. La FINMA déclare que le versement d'indemnités spéciales en rapport avec des prestations déjà rémunérées dans le cadre de contrats de travail ou de mandats encadrant l'activité d'un administrateur contrevient aux intérêts des sociétés à la charge desquelles ces indemnités sont versées et constitue le signe d'une gestion défailante des conflits d'intérêts. De leur côté, les recourantes

relèvent que la Circ. 2010/1 ne leur est pas applicable et que le droit positif ne s'oppose pas à l'octroi d'indemnités de départ. Elles indiquent que G._____ n'avait jamais perçu de success fees et que celles-ci se trouvaient justifiées par le succès des acquisitions. Quant aux transactions effectuées sur les titres de C._____, les recourantes renvoient au rapport de H._____ selon lequel le prix payé s'avérait juste.

6.1 Au moment du prononcé de la décision attaquée, la Circ. 2010/1 devait impérativement être appliquée par les entreprises, groupes ou conglomerats d'assurance tenus de détenir des fonds propres nécessaires en fonction des risques auxquels ils sont exposés d'au moins 2 milliards de CHF. Ce seuil a par la suite été relevé à 15 milliards de CHF avec effet au 1^{er} janvier 2016 (cf. Circ. 2010/1 cm. 7). Les entreprises qui n'atteignaient pas ce seuil se voyaient recommander de reprendre les principes établis dans la circulaire comme lignes directrices pour leurs propres systèmes de rémunération (cf. Circ. 2010/1 cm. 8). En vertu du principe n° 1, le conseil d'administration définit la politique de rémunération dont il est responsable de la mise en œuvre ; il dicte un règlement sur la rémunération (cm. 16). Selon le principe n° 3, l'entreprise doit assurer l'indépendance et l'objectivité dans la conception et l'application du système de rémunération ; elle en fait vérifier la conformité aux exigences par une fonction indépendante, par exemple la révision interne (cm. 28 s.). Les rémunérations et les critères d'attribution déterminants ne doivent pas inciter à prendre des risques démesurés, à violer le droit en vigueur ou des instructions ou encore à ne pas respecter les conventions (principe n° 4, cm. 36). Des indemnités à l'engagement ou des indemnités de départ ne seront versées que dans des cas motivés. Elles seront fixées par le règlement sur la rémunération et devront obtenir l'agrément du conseil d'administration à partir d'un montant déterminé (principe n° 6, cm. 47). Les dirigeants d'une

société ne doivent pas obtenir de rétribution supplémentaire pour des prestations déjà rémunérées dans le cadre de leur salaire de base ou d'autres primes (cf. arrêt du TAF B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 5.2.2).

6.2 Les recourantes n'atteignaient pas le seuil de 2 milliards de CHF de fonds propres et n'avaient par conséquent pas l'obligation d'appliquer la Circ. 2010/1 de manière directe. Cependant, si elles n'ont pas à suivre ces principes à la lettre, elles sont néanmoins tenues dans le cadre de la gouvernance d'entreprise et de la gestion des risques de mettre en place un système de rémunération et d'incitation approprié (cf. supra consid. 5). Par conséquent, elles doivent respecter les principes de la Circ. 2010/1 dans leurs grandes lignes ou se fixer des règles qui en respectent l'esprit dans la mesure où ils découlent des obligations légales, en particulier des art. 22 et 27 LSA.

Dans son rapport, I._____ a indiqué qu'aucun règlement ne définissait de manière précise le montant des success fees qui devaient être attribuées à E._____ et F._____ ce qui laissait au comité des rémunérations – dont le premier faisait partie – une très grande marge de manœuvre. Ce constat est confirmé par H._____ dans son rapport 1 du 30 septembre 2014 qui a estimé que la commission des rémunérations, créée en 2007, n'était pas toujours impliquée dans la fixation des montants. Ces primes, liées à une croissance externe par le biais de reprises de portefeuilles de sociétés tierces, ont eu un effet négatif dans la mesure où l'organisation du Groupe n'a pas été suffisamment adaptée avant de procéder à ces acquisitions supplémentaires. Elles ont créé un risque de violation du devoir de fidélité des dirigeants concernant l'opportunité de procéder à de telles transactions.

En 2005, le montant des indemnités de départ a été très fortement augmenté avec pour motif de permettre à E._____, F._____ et G._____, tous membres du comité de D._____ qui a pris cette décision, de bénéficier d'une retraite anticipée à des conditions correctes. Ces indemnités n'ont pas été définies pour être versées de manière différée tenant compte des risques encourus par la société à la suite des décisions prises par ces personnes ainsi que le succès durable des affaires. Le comité a justifié cette augmentation par le fait que les dirigeants n'avaient bénéficié que de revenus modestes au cours des années précédentes. Or, au travers des success fees versées avant et après cette décision, E._____ ainsi que F._____ ont bénéficié d'une rémunération appréciable. En outre, le montant annuel total obtenu par ces trois personnes entre 2010 et 2013 – comprenant le salaire de base, les primes et les honoraires – se montait à deux millions de CHF en moyenne pour E._____ et un million de CHF pour F._____ et G._____. Il appert ainsi que les indemnités de départ, encore confirmées en 2009 et maintenues après l'entrée en vigueur de la Circ. 2010, ne se révélaient pas justifiées par un motif particulier comme l'exige le principe ancré dans la Circ. 2010/1 et venaient s'ajouter à des rétributions qui avaient déjà récompensé leurs prestations. H._____ a en outre relevé de manière générale que les revenus annuels provenaient d'un grand nombre de sources cumulées – plusieurs dizaines dans la plupart des cas – combinant les contrats de travail avec divers mandats.

6.3 Ces éléments suffisent à établir des violations des principes de gouvernance en matière de rémunération incompatibles avec les exigences légales en matière de gestion des risques ; le système de rémunération manquait de clarté, rétribuait certaines prestations à double et s'avérait apte à pousser les dirigeants à prendre des décisions défavorables aux sociétés. H._____ a signalé à ce sujet que les

manquements dans ce domaine ne relevaient pas d'incidents isolés mais de modes opératoires qui se sont répétés de plusieurs manières et sur plusieurs années. Compte tenu de ce qui précède, point n'est besoin d'examiner si les transactions sur les actions C._____ et A._____ ainsi que le prêt octroyé à E._____ pouvaient également être considérés comme une forme de rémunération en raison des conditions auxquelles ils ont été conclus. Il convient cependant de relever que ce type d'opérations constitue généralement une forme de récompense ou d'intéressement en faveur des organes.

7.

La FINMA explique que les manquements en matière de gouvernance d'entreprise, de gestion des conflits d'intérêts et de rémunération ne s'avéraient pas compatibles avec la garantie d'activité irréprochable des recourantes. Celles-ci déclarent que cette question était résolue dès lors que E._____, F._____ et G._____ – que la FINMA a jugé responsables en grande partie de ces manquements – avaient quitté leurs fonctions.

7.1 Selon l'art. 14 al. 1 let. a LSA, les personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion doivent jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie d'une activité irréprochable. Cette exigence s'applique par analogie aux personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion du groupe d'assurance, ainsi que de la gestion de ses risques (art. 67 LSA) et en cas de délégation de fonctions importantes de l'entreprise d'assurance à d'autres personnes (art. 14 al. 3 LSA). Cette exigence s'étend également à l'entreprise d'assurance en tant que telle qui doit, de par son organisation et son fonctionnement, offrir la garantie d'une activité irréprochable (cf. Hansjürg Appenzeller, in : Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, n° 36 ad art. 14 et

les réf. cit.). Cette garantie impose à l'entreprise et aux personnes concernées de se comporter correctement en affaires et d'agir conformément au principe de la bonne foi. Par comportement correct, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre légal et des directives internes. La FINMA examine dans ce cadre également le respect des dispositions de droit civil et pénal dont le devoir de diligence et de fidélité du conseil d'administration (art. 717 CO) qui impose à l'administrateur de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter les conflits d'intérêts (cf. arrêts du TAF B-19/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.1 s. et B 798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 4.1 s.). L'exigence ancrée à l'art. 14 LSA fait partie des conditions de l'octroi de l'agrément (art. 6 LSA) ; celles-ci devant être respectées en tout temps, le défaut de garantie d'une activité irréprochable appelle l'intervention de la FINMA qui est chargée de s'assurer que les entreprises d'assurance offrent cette garantie (art. 46 al. 1 let. b LSA). L'autorité prononcera le cas échéant les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation (art. 37 LFINMA). Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 14 LSA poursuit un but exclusivement préventif et non répressif. L'autorité inférieure ne prononce pas de sanctions pour les comportements répréhensibles ; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la société en cause et de ses clients (cf. ATAF 2013/56 consid. 3.2.2).

7.2 En l'espèce, les manquements constatés dans les considérants qui précèdent font ressortir un défaut de professionnalisme et de rigueur dans la conduite des affaires des recourantes qui ont mené à des violations du droit de la surveillance et des principes de gouvernance d'entreprise. Ces dé-

faillances se situent à plusieurs niveaux et dans plusieurs domaines mais découlent de deux raisons principales : le comportement des anciens dirigeants et la croissance du Groupe qui n'a pas été suivie par son organisation. En particulier, la comptabilité n'a pas été adaptée de manière adéquate. Par ailleurs, les anciens dirigeants ont fait preuve envers eux-mêmes d'un grand degré de largesse sans rencontrer d'opposition dans le Groupe. Le versement de rémunérations exagérées, décidées par des conseils d'administration et des comités dans lesquels les bénéficiaires ou des personnes proches siègent, ne se révèle pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable que doivent présenter les personnes actives dans les divers domaines des marchés financiers. Certes, après leur départ, E._____, F._____ et G._____ ne devraient plus être en mesure d'influer négativement sur la conduite des affaires des recourantes. Toutefois, celles-ci n'ont pas encore démontré que ce genre de manquements ne pourra se reproduire à l'avenir.

7.3 Au résultat, la question de savoir si les défaillances dans l'organisation des recourantes justifient encore à l'état actuel de mettre en doute leur propre garantie d'une activité irréprochable peut être laissée ouverte. En effet, comme il sera exposé ci-après (cf. infra consid. 8), la mesure contestée s'impose déjà en raison des autres problèmes identifiés.

8.

Estimant que le rythme de croissance soutenu du Groupe n'avait pas été suivi au niveau organisationnel, que de nombreuses lacunes demeuraient d'actualité et que le service compliance ainsi que l'audit interne n'avaient pas été en mesure de s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients prove-

nant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés jusqu'à la fin de l'année 2016. La mesure doit selon elle permettre au Groupe de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. Les recourantes estiment pour leur part que cette mesure n'est pas fondée sur une base légale, ne poursuit pas un intérêt public et viole le principe de la proportionnalité ; pour ces motifs, elle porte atteinte à la garantie de la liberté économique. Elles reprochent à la FINMA d'exagérer la gravité des manquements constatés et déclarent avoir entrepris les démarches nécessaires afin d'y remédier, les étapes de restructuration non encore réalisées n'étant au demeurant pas ordonnées par la FINMA et ne justifiant donc pas l'interdiction prononcée. Pour sa part, l'autorité déclare que la restructuration des sociétés ne constituait pas uniquement une suggestion mais qu'elle devait être effectuée car les défauts constatés se trouvaient à l'origine des manquements.

8.1 Les mesures de sûreté prononcées en vertu de l'art. 51 LSA sont en général la conséquence de manquements en matière d'organisation ou d'insuffisances financières. En vertu de la clause générale ancrée à l'al. 1 de cet article, si une entreprise d'assurance ou un intermédiaire ne se conforme pas aux dispositions de la présente loi ou d'une ordonnance, à des décisions de la FINMA ou encore si les intérêts des assurés paraissent menacés d'une autre manière, la FINMA prend les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour sauvegarder les intérêts des assurés. L'al. 2 énumère à titre exemplatif des mesures susceptibles d'être prises dans ce cadre ; d'autres moyens sont également envisageables sur la base de la clause générale ; l'autorité de surveillance peut par exemple exiger le paiement de la partie non libérée du capital social, des attributions supplémentaires au fonds d'organisation ou encore l'augmentation du capital (cf. Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des

entreprises d'assurance et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, 3394, ci-après : Message LSA). La FINMA dispose dès lors, comme dans les autres domaines relevant des marchés financiers soumis à sa surveillance, d'une large marge de manœuvre dans le choix des mesures qu'elle juge appropriées (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). D'ailleurs, comme il a déjà été exposé plus haut (cf. supra consid. 2.2), la mesure retenue en l'espèce s'avère moins incisive que certaines parmi celles énumérées à l'art. 51 al. 2 LSR. Elle dispose dès lors d'une base légale. Au demeurant, l'argument des recourantes selon lequel la FINMA n'avait pas exigé impérativement une restructuration mais l'avait uniquement suggérée ne change rien à cette conclusion. Le prononcé de la mesure conservatoire peut intervenir également dans le cadre d'un processus informel de transformation comme celui entrepris par le Groupe après l'intervention de la FINMA.

8.2 L'intérêt public d'une mesure prononcée en vertu de l'art. 51 découle des objectifs poursuivis par la LSA, notamment la protection des assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA). La mesure conservatoire prononcée en l'espèce s'oriente sur cet objectif en visant à donner le temps au Groupe de se donner une organisation adéquate avant qu'il ne croisse par acquisitions externes. Elle poursuit dès lors un intérêt public.

8.3 Le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'ad-

ministré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; ATF 125 I 474 consid. 3). Il convient en l'espèce d'examiner si les manquements justifient la mesure encore à l'état actuel. En faveur des recourantes, on peut retenir le renouvellement des conseils d'administration, l'engagement de nouveaux responsables, l'adoption de mesures et règlements visant à améliorer la gouvernance d'entreprise et renforcer le système de contrôle interne et de comptabilité. Les recourantes semblent donc avoir la volonté de résoudre les problèmes subsistants. À l'inverse, il convient de relever que la réorganisation du Groupe ne devrait arriver à terme qu'en 2018 et que les mesures déjà en place n'ont pas encore fait leurs preuves. Les nouvelles personnes à la tête du Groupe devront démontrer que non seulement les organes mais également l'ensemble de la culture d'entreprise et le contrôle interne se conforment aux exigences du droit de la surveillance de sorte à mettre fin à la culture de gestion et de contrôle défaillante qui régnait à l'époque des dirigeants démissionnaires. Nonobstant les mesures de réorganisation prises par les recourantes, il paraît adéquat, compte tenu également du fait que cette réorganisation se trouve toujours en cours de mise en œuvre, de restreindre la croissance des recourantes par acquisition afin de permettre la mise en place des mesures et d'en vérifier l'effectivité et la capacité à éviter ou détecter les problèmes constatés par le passé. En ce sens, la mesure est apte à atteindre le but fixé. Elle s'avère également nécessaire attendu que les recourantes ne se sont pas engagées d'une manière ou d'une autre à ralentir leur croissance pendant cette phase de restructuration. S'agissant de la proportionnalité au sens étroit, la protection des assurés actuels ou potentiels du Groupe au travers d'une mesure prononcée pour une durée d'environ 18 mois l'emporte sur celui des recourantes à développer leurs affaires au travers d'acquisitions de portefeuilles. L'existence d'un dommage concret cau-

sé aux intérêts des sociétés ou de leurs assurés est peu pertinent au résultat ; plus important demeure le fait que le fonctionnement du Groupe était susceptible de mettre ces intérêts en danger et doit par conséquent être corrigé. En conclusion, il appert que la mesure prononcée respecte le principe de la proportionnalité.

8.4 La liberté économique individuelle garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (cf. ATF 132 I 97 consid. 2.1). Comme pour tout droit fondamental, les restrictions à la liberté économique doivent être fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

En l'espèce, comme il a été exposé plus haut, la mesure prononcée se fonde valablement sur l'art. 51 LSA, poursuit un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité. La restriction de la liberté économique des recourantes se révèle dès lors conforme aux exigences constitutionnelles.

Il convient encore de relever que la mesure ne doit pas sanctionner un comportement passé mais laisser au Groupe le temps d'améliorer son organisation ; elle ne s'avère donc pas punitive contrairement à ce que déclarent les recourantes.

9.

Compte tenu du résultat, il n'y a pas lieu de donner suite à la conclusion des recourantes tendant à ce que les frais de procédure prononcés par la FINMA soient

réduits dans une proportion équitable si elles devaient obtenir gain de cause. Il convient simplement de constater que la perception des frais est valablement fondée sur les art. 5 al. 1 let. a et 8 de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA du 15 octobre 2008 (Oém-FINMA, RS 956.122) en relation avec l'art. 15 LFINMA. Ne s'agissant en l'occurrence pas d'une procédure pour laquelle des tarifs-cadres sont fixés dans l'annexe de l'ordonnance, l'émolument est calculé en fonction du temps consacré et de l'importance de l'affaire pour la personne assujettie (art. 8 al. 3 Oém-FINMA). Le montant arrêté par la FINMA ne semble pas exagéré compte tenu de la durée et de l'ampleur de la procédure.

10.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté pour autant qu'il soit recevable.

(...)

Dispositif