

Circulaire 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA » – révision partielle

Commentaires

6 mai 2021

Table des matières

Éléments essentiels	4
1 Contenu et objectif du projet	5
2 Procédure d'audit	6
2.1 Résultats de la procédure d'audit.....	6
2.2 Principales modifications matérielles par rapport au projet d'audit	6
3 Actions requises	7
4 Commentaire des dispositions	8
4.1 Plage de valeurs légalement admissibles pour le résultat technique d'un produit (Cm 8).....	8
4.2 Tarifs abusivement élevés (Cm 9)	9
4.3 Modalités de la construction tarifaire (Cm 30)	10
4.4 Caractéristiques tarifaires et transparence (Cm 31)	11
4.5 Composantes de répartition (Cm 32).....	11
4.6 Répartitions (Cm 34)	11
4.7 Réductions (Cm 35 à 37.5)	12
4.7.1 Inégalité de traitement (Cm 37 à 37.5).....	12
4.7.2 Transparence des réductions (Cm 37.5).....	13
4.8 Modification de tarifs existants (Cm 38 à 39.3).....	14
4.9 Admissibilité des hausses de primes (Cm 39.1)	15
4.10 Corrections (Cm 39.2)	15
4.11 Hausses dépassant le renchérissement exogène (Cm 39.3)	16
4.12 Adaptation extraordinaire (Cm 40 à 44).....	16
4.13 Indications techniques du plan d'exploitation et liste des documents.....	16
4.14 Dispositions transitoires	16

4.14.1	Dispositions transitoire concernant le Cm 31 (Cm 75).....	16
4.14.2	Disposition transitoire concernant les Cm 37 à 37.3 et 37.5 (Cm 76).....	17
4.15	Glossaire	17
4.15.1	Réductions.....	17
4.15.2	Prime de référence	17
4.15.3	Prime contractuelle	18
5	Processus de réglementation.....	18
5.1	Consultation préalable	18
5.2	Première consultation des unités administratives également intéressées	19
5.3	Consultation publique.....	19
5.4	Deuxième consultation des unités administratives également intéressées	19
6	Principes de réglementation.....	19
7	Analyse d'impact	20
7.1	Généralités	20
7.2	Effets des modifications concernant les réductions	20
7.3	Adaptations de tarifs	20
7.4	Transparence concernant la progression en lien avec l'âge	21
8	Suite de la procédure	22

Éléments essentiels

1. La circulaire FINMA 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA » décrit la pratique de la FINMA vis-à-vis des questions actuarielles et en particulier de la tarification. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé, dans un arrêt du 25 novembre 2019, l'approche de la FINMA en matière de lutte contre les abus dans l'assurance-maladie complémentaire. La révision de la circulaire vise à l'adapter de manière transparente à cette évolution.
2. La pratique existante et établie concernant la protection des assurés contre des primes abusives, la limitation de la marge bénéficiaire autorisée pour les entreprises d'assurance et la lutte contre les inégalités de traitement non justifiées entre assurés est intégrée à la circulaire FINMA 10/3.
3. Des informations contractuelles transparentes constituent un élément important pour garantir la protection des assurés contre les abus. C'est pourquoi ces informations revêtent aussi une grande importance dans le cadre de la présente révision et elles sont étroitement liées à l'examen par la FINMA des produits d'assurance complémentaire. La pratique a montré que les assurés ne sont pas toujours suffisamment informés. Désormais, les effets d'un changement de classe d'âge sur la prime devront être mentionnés dans les documents contractuels. Cela permettra de garantir que les preneurs d'assurance soient convenablement (pré)informés lors de la conclusion d'un contrat.
4. Les assurés des portefeuilles fermés doivent être protégés de hausses excessives des primes. Les conditions préalables pour une hausse des primes au-delà du renchérissement exogène démontré sont précisées dans le sens de la protection contre les abus. Cela tient compte de la pratique des tribunaux, laquelle a souligné l'importance de la protection des assurés lorsque des portefeuilles d'assurance sont clos.
5. Certains chiffres marginaux de la circulaire font l'objet de précisions supplémentaires sans engendrer de modification du contenu. Dans ce contexte, certains concepts ont été clairement définis.
6. La FINMA a procédé à une consultation préalable, à trois consultations des offices ainsi qu'à une audition publique au sujet du projet de révision.
7. Les modifications entrent en vigueur le 1er juin 2021.

1 Contenu et objectif du projet

L'assurance-maladie complémentaire est une branche d'assurance qui a une importance économique considérable. Selon le produit et le profil de risques des personnes assurées, les primes d'assurance peuvent atteindre des montants importants. Les personnes assurées méritent une protection particulière dans cette branche d'assurance car avec l'âge et l'accumulation possible d'antécédents médicaux, il se peut, en cas de changement de produit d'assurance, qu'aucun nouveau contrat ne puisse plus être signé ou qu'il faille accepter des exclusions de couverture pour les pathologies concernées. Le contrôle des tarifs et des produits dans l'assurance-maladie complémentaire joue donc un rôle important. Il y a aussi, dans ce domaine, un risque d'abus par les entreprises d'assurance. Le législateur prend en compte ce risque, entre autres en fixant comme objectif de l'examen des tarifs et comme tâche incombant à la FINMA d'empêcher des tarifs abusifs (art. 38 de la loi sur la surveillance des assurances [LSA ; RS 961.01] en relation avec l'art. 46 LSA).

La jurisprudence la plus récente rend nécessaire d'adapter la circulaire FINMA 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA ». Deux questions concernant la pratique de surveillance de la FINMA et clarifiées récemment par les tribunaux (au sujet des portefeuilles fermés¹ et de la concrétisation du caractère important en matière d'inégalité de traitement) sont intégrées à la Circ.-FINMA 10/3 dans le cadre d'une révision partielle et le traitement égal des entreprises d'assurance soumises à surveillance est garanti. Cela contribue à apporter de la transparence et de la sécurité juridique.

La notion d'inégalité de traitement selon l'art. 117 al. 2 de l'ordonnance sur la surveillance (OS ; RS 961.011) est ainsi concrétisée. Les entreprises d'assurance peuvent ainsi traiter de manière claire et compréhensible cette disposition dans l'octroi d'avantages pécuniaires (réductions).

De plus, les conditions pour des hausses tarifaires au-delà du renchérissement exogène dans les portefeuilles fermés sont précisées. Elles requièrent que l'exercice du droit de passage n'induisse pour aucun des assurés concernés un désavantage sur le plan des primes ou des prestations..

Le concept de seuils d'intervention utilisé dans la pratique existante pour la remise de requêtes de modifications de tarifs dans l'assurance-maladie complémentaire, y compris les plages de valeur admissibles pour les tarifs, est intégré à la Circ.-FINMA 10/3.

La circulaire est condensée davantage sur le plan formel là où cela se révèle judicieux.

¹ Cf. ATF 4A 627/2015 et ATF 136 I 197.

Les éventuelles modifications des textes réglementaires de la FINMA qui résulteront de la prochaine révision de l'OS seront effectuées au moment opportun au niveau de réglementation approprié.

2 Procédure d'audition

Le présent projet a été soumis à une audition du 1^{er} septembre au 2 novembre 2020, au cours de laquelle huit prises de position ont été reçues au total. Leur évaluation par la FINMA figure dans le rapport sur les résultats de l'audition.

2.1 Résultats de la procédure d'audition

Les participants à l'audition, représentant tous le secteur de l'assurance, ont essentiellement exprimé des craintes au sujet de la révision des dispositions relatives aux adaptations de tarifs, mais aussi en ce qui concerne la limitation des marges des résultats techniques ainsi que l'octroi de réductions de primes. Les prescriptions relatives à la transparence ont été majoritairement saluées ou non contestées.

2.2 Principales modifications matérielles par rapport au projet d'audition

Les points suivants du projet d'audition ont été adaptés :

- modalités de mise en œuvre de la limitation des réductions de primes injustifiées (Cm 37.3 et 37.4) ;
- autorisation expresse de l'absence de prise en compte ou de la prise en compte partielle de certaines caractéristiques de risque dans les tarifs (Cm 32 et 33);
- suppression de la clause d'exception pour les portefeuilles fermés (Cm 38 et 39)

En revanche, le projet d'audition n'a pas été adapté notamment en ce qui concerne la marge autorisée (cf. Cm 8) et le concept d'intervention (cf. Cm 9).

S'agissant des conditions d'adaptation des tarifs dans une mesure qui dépasse le renchérissement exogène (Cm 39.3), le critère de l'imprévisibilité des évolutions a été abandonné.

En outre, des dispositions transitoires ont été intégrées (cf. Cm 75 et 76). Celles-ci prévoient des délais transitoires pour l'introduction des prescriptions relatives à la transparence ainsi que pour l'adaptation des réductions injustifiées.

3 Actions requises

La FINMA peut, au moyen de circulaires, clarifier la manière dont elle applique la législation sur les marchés financiers dans son activité de surveillance. Les circulaires servent exclusivement à l'application du droit et ne peuvent pas contenir de dispositions fixant des règles de droit.² La Circ.-FINMA 10/3 décrit la pratique concernant la formation et l'utilisation des provisions actuarielles et clarifie la manière dont la FINMA procède pour approuver les primes d'assurance-maladie complémentaire qui doivent lui être soumises.

Le Tribunal fédéral s'est exprimé au sujet de l'admissibilité limitée de rabais non justifiés sur le plan actuariel. Le Tribunal fédéral conclut, en résumé, que l'art. 117 al. 2 OS, qui interdit les inégalités de traitement importantes injustifiables sur le plan juridique ou actuariel entre les assurés dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, est couvert par la notion d'abus inscrite aux art. 1 al. 2 et 46 al. 1 let. f LSA et peut s'appuyer sur la norme de délégation de l'art. 31 LSA. L'interdiction d'« inégalité de traitement importante » dans le domaine des rabais, ordonnée par la FINMA dans le cas en question, repose selon l'arrêt du Tribunal fédéral sur une ordonnance légale et conforme à la Constitution.

La réglementation légale du contrôle tarifaire est fixée dans ses principes à l'art. 38 LSA. La FINMA vérifie ensuite, entre autres, si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent la protection des assurés contre les abus. L'art. 117 al. 2 OS se fonde lui aussi sur des principes en considérant comme abus le préjudice causé à une personne assurée ou à un ayant droit par une inégalité de traitement importante et juridiquement ou actuariellement injustifiable. La pratique la plus récente des tribunaux a confirmé la légalité de ces dispositions (arrêt du Tribunal fédéral 2C_717/2017 du 25 novembre 2019).

Certains éléments de la pratique de la FINMA dans le domaine du contrôle et de l'approbation des tarifs, comme notamment les plages de valeur de tarifs autorisés, figurent actuellement dans un guide pratique. Ils constituent maintenant une pratique établie et sont intégrés à la Circ.-FINMA 10/3.

² Art. 5 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers.

Par ailleurs, les effets d'un changement de classe d'âge sur les primes doivent être indiqués dans les documents contractuels afin de garantir une (pré-)information des proposants / des assurés. Les tarifs et les conditions générales d'assurance (CGA) appliqués en Suisse pour l'assurance de l'ensemble des risques dans l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale sont soumis à l'autorisation de la FINMA conformément à l'art. 4 al. 2 let. r LSA. Selon la doctrine relative aux CGA, l'autorité responsable de l'examen des CGA en pose les exigences en matière de contenu.³ Un contrat vaut en principe comme conclu quand les parties se sont accordées sur les éléments caractéristiques objectivement importants de la relation d'affaires. L'existence de groupes d'âge et donc d'une augmentation des primes qui régulièrement en résulte est, dans l'assurance-maladie complémentaire – au contraire de la plupart des autres branches d'assurance – un élément caractéristique central du contrat et constitue donc un contenu contractuel essentiel. Pour un assuré potentiel, il n'y a pas que la prime contractuelle qui est importante. Il doit aussi savoir que cette prime peut augmenter selon des facteurs qui ne résument pas au seul renchérissement exogène, mais aussi sur la base du vieillissement de l'assuré. Par la transparence ainsi créée, les assurés potentiels sont informés des groupes d'âge dans les CGA et, quand par exemple leur est soumise une offre indiquant une prime de départ plutôt basse, ils peuvent alors demander aux vendeurs ce que cela signifiera pour l'évolution des primes lorsqu'ils vieilliront. Les assurés potentiels peuvent ainsi comparer cette offre avec d'autres qui proposent peut-être une prime de départ plus élevée mais dont la courbe des primes est cependant plus plate. Cela est central en particulier dans l'assurance-maladie complémentaire, car souvent, un âge avancé ou des problèmes de santé peuvent faire échouer toute intention de changement.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Plage de valeurs légalement admissibles pour le résultat technique d'un produit (Cm 8)

L'art. 38 LSA est déterminant pour le contrôle des tarifs en assurance-maladie complémentaire. Il stipule que les primes sont approuvées si elles ne sont ni abusivement élevées (limite supérieure), ni susceptibles de mettre la solvabilité en danger (limite inférieure), le contrôle se faisant sur la base du calcul tarifaire de l'entreprise d'assurance.

La LSA ne définit pas en détail les limites susmentionnées. Pour garantir un traitement égal des entreprises d'assurance et donc aussi des personnes

³ Cf. Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Schulthess 2011, Cm 8.17.

assurées, la FINMA fixe des limites dans le cadre légal prescrit. La limite supérieure se situe, selon la pratique en vigueur, à 10 % des primes et est désormais indiquée dans la Circ.-FINMA 10/3.

L'art. 38 LSA interdit les primes susceptibles de compromettre la solvabilité. En principe les nouvelles primes proposées sur le marché doivent, à moyen terme, au moins couvrir les coûts attendus. Des exceptions justifiées sont possibles, en particulier en assurance individuelle d'une indemnité journalière, où en raison des libres passages de l'assurance collective une forte antisélection, avec les effets que cela induit sur le résultat technique, ne peut être exclue. Ces exceptions mises à part, des primes qui ne couvriraient pas les charges ne seraient compatibles ni avec le principe de préservation de la solvabilité, ni avec celui de la protection des assurés contre les abus (offres trompeuses). Approuver une sous-tarifcation ne correspondrait pas à l'exigence de traitement égal des concurrents dans un marché à prix régulés. Les personnes assurées concluent une couverture d'assurance-maladie de long terme, souvent jusqu'à leur décès. Il serait abusif de la part d'entreprises d'assurance d'appâter des clients au moyen de primes basses, intenable à long terme, qui seraient par la suite fortement augmentées. En effet, l'assuré ne peut par la suite pas changer de partenaire contractuel en fonction de son âge ou de son état de santé (ou uniquement moyennant des conditions défavorables).

Pour les contrats en cours, la priorité est la protection des assurés face aux tarifs abusifs. C'est pourquoi la limite inférieure ne doit s'appliquer qu'aux nouveaux produits (cf. à ce sujet les explications sur le Cm 38 et les produits fermés). Cela reste compatible avec les principes de l'art. 38 LSA notamment parce que l'ampleur des pertes potentielles dans le cas de produits fermés se trouve limitée par le fait que plus aucun nouveau contrat n'est conclu.

4.2 Tarifs abusivement élevés (Cm 9)

Le complément du Cm 9 clarifie la pratique d'intervention de la FINMA concernant les tarifs abusivement élevés.

Dans le cadre du contrôle annuel des rapports, la FINMA exige des entreprises d'assurance qu'elles remettent un projet de baisse des tarifs si le résultat technique atteint, en moyenne sur les trois dernières années, une part d'au moins 15 % des recettes de primes. La limite d'intervention dépasse donc de moitié la limite supérieure du résultat technique autorisé selon le Cm 8. Le but des baisses de tarifs exigées est de parvenir à moyen terme à un résultat technique d'au maximum 10 % des recettes de primes. Dans le cadre de son contrôle annuel du résultat technique, la FINMA tient compte de limites matérielles, c'est-à-dire qu'elle autorise de petits écarts, justifiés, par rapport au seuil de 10 % (par ex. portefeuilles de très petite taille, nouveaux produits, etc.).

Par ailleurs, conformément à sa pratique jusqu'ici, la FINMA procède au besoin à des corrections pour garantir le respect du seuil, notamment en cas de coûts de conclusion et de gestion inappropriés (cela peut aussi être le cas en présence d'une confirmation de l'organe de révision sur les coûts de conclusion et de gestion spécifiques aux produits) ou en cas de modifications inappropriées des provisions techniques (notamment de grandes déviations par rapport à la série temporelle correspondante). De plus, sur la base des données par classe de tarif, la FINMA prend en compte, dans le cadre de son contrôle, l'existence d'inégalités de traitement actuariellement injustifiables (cf. art. 117 OS, Cm 30 ss Circ.-FINMA 10/3).

4.3 Modalités de la construction tarifaire (Cm 30)

La terminologie de la première phrase du Cm 30 est légèrement adaptée afin de correspondre à l'art. 117 al. 2 OS.

En référence au passage contenu dans ce chiffre marginal « des risques d'ampleurs différentes sont couverts pour une prime identique », il est renoncé à définir un pourcentage fixe, contrairement au Cm 37.1, car la praticabilité, eu égard au nombre de caractéristiques tarifaires possibles et leur utilisation, serait remise en question. La FINMA se réservera toutefois le droit, en considérant le principe de tarification adaptée au risque, d'intervenir au cas par cas contre un traitement tarifaire identique abusif, lorsque, pour une caractéristique tarifaire, une tarification différenciée aurait de toute évidence été pertinente sur la base des risques concrets et statistiquement démontrés.

Le Cm 30 prévoit désormais une exception pour les enfants, les jeunes adultes et les familles. Tant le législateur dans sa décision de maintenir le contrôle des tarifs dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire que les tribunaux ont souligné la proximité entre assurance-maladie complémentaire et assurance sociale (l'assurance-maladie sociale en l'occurrence). Cette dernière prévoit explicitement une solidarité envers les enfants, les jeunes adultes et, par voie de conséquence, pour les familles, en formant pour les enfants et les jeunes adultes des classes d'âge spécifiques où les coûts ne sont potentiellement pas couverts.

Il s'impose dans cette optique d'accepter des primes pour les enfants, les jeunes adultes et, partant, pour les familles qui ne couvrent pas les coûts qu'ils génèrent, en dérogation au principe de conformité au risque. L'art. 117 al. 2 OS interdit les inégalités de traitement importantes qui ne sont justifiables ni actuariellement, ni juridiquement. Dans le cas présent, il y a justification juridique du fait de la proximité avec l'assurance sociale, de sorte qu'il n'est pas possible de considérer que l'art. 117 al. 2 OS n'est pas respecté.

La perception de primes ne couvrant pas les coûts, même si c'est en raison de rabais accordés à des familles, a aussi des raisons historiques. La

FINMA veille, dans le contrôle des adaptations tarifaires, à ce que les solidarités à l'égard des enfants, jeunes adultes et familles n'augmentent pas, mais elle n'exige pas non plus qu'elles diminuent. Inscrire une exception explicite en ce qui concerne les enfants, jeunes adultes et familles est donc conforme à la pratique appliquée jusqu'ici.

4.4 Caractéristiques tarifaires et transparence (Cm 31)

La première phrase de ce chiffre marginal subit une adaptation d'ordre rédactionnel mais reste matériellement inchangée. La nouvelle deuxième phrase comprend désormais l'exigence de transparence suivante : les jeunes preneurs d'assurance, en particulier, ne sont souvent pas conscients du fait qu'outre le renchérissement exogène, d'autres caractéristiques tarifaires et notamment la répartition en groupes d'âge peuvent aussi avoir un effet important sur l'évolution future des primes. Désormais, les preneurs d'assurance et proposant devront être informés de manière transparente et contraignante qu'il peut y avoir des facteurs autres que le renchérissement exogène susceptibles d'entraîner une hausse des primes, même lorsque le renchérissement exogène est peu important voire inexistant.

Dans le cas d'une tarification en fonction de l'âge réel, où le montant des primes dépend de l'âge effectif de la personne assurée, les effets sur les primes d'un changement de classe (d'âge effectif) doivent être mentionnés. Il n'est pas attendu que les différences de primes concrètes entre classes d'âge soient indiquées dans les conditions contractuelles ; il doit suffire, du point de vue prudentiel, que les conditions contractuelles informent le preneur d'assurance ou le proposant que le passage à l'une des classes d'âge supérieures mentionnées s'accompagne en règle générale d'une hausse de la prime. Les entreprises d'assurance sont libres de mettre plus d'informations à disposition.

4.5 Composantes de répartition (Cm 32)

La terminologie de la première proposition subordonnée de ce chiffre marginal subit une adaptation d'ordre rédactionnel qui n'a pas d'effet matériel.

4.6 Répartitions (Cm 34)

Le Cm 34 existant est abrogé. L'obligation de justifier les réductions, pour autant qu'il s'agisse de réductions actuariellement justifiées, est désormais inscrite au Cm 35. Le renvoi aux Cm 40 ss est obsolète, ceux-ci ayant été abrogés.

4.7 Réductions (Cm 35 à 37.5)

Le terme de « réductions » remplace désormais le terme de « rabais » qui était jusqu'ici utilisé dans la circulaire. Ce terme a une signification plus complète et plus pertinente vu qu'il englobe tout type de réduction de primes. Il est clairement stipulé que les réductions sont des éléments du plan d'exploitation et requièrent donc, avant de s'appliquer, d'être approuvées (art. 4 al. 2 let. r en relation avec l'art. 5 al. 1 LSA).

Il est également stipulé explicitement qu'il faut distinguer les réductions actuariellement justifiées de celles qui ne le sont pas. Les conditions-cadres, soit les limites supérieures à respecter pour les réductions actuariellement injustifiées, sont fixées dans les Cm 37.1 à 37.3.

Les réductions entraînent des divergences par rapport aux tarifs et sont, en tant que telles, soumises à une approbation, comme mentionné plus haut. Cela permet à la FINMA de vérifier si les conditions définies pour les réductions actuariellement injustifiées selon les Cm 37.1 ss sont respectées. Un examen supplémentaire dans l'optique d'une justification technique, comme cela se fait usuellement pour les tarifs, n'est pas nécessaire puisque les Cm 37 ss traitent déjà des réductions actuariellement injustifiées.

Les réductions pour les contrats collectifs ou les contrats-cadres correspondent aussi à cette définition et les Cm 35 ss s'appliquent en conséquence.

4.7.1 Inégalité de traitement (Cm 37 à 37.5)

La notion d'inégalité de traitement importante est concrétisée dans les Cm 37 à 37.5. La précision est compatible avec l'art. 117 al. 2 OS et apporte plus de sécurité juridique.

Une limite supérieure pour les réductions y est décrite. Les réductions individuelles ou cumulées qui ne sont pas justifiées techniquement ne doivent pas avoir pour conséquence que la prime contractuelle soit inférieure de plus de 10 % à la prime de référence moins les éventuelles réductions justifiées actuariellement. Exemple : La prime de référence est de 100 CHF. En sont déduites des réductions justifiées actuariellement de 20 CHF au total, pour un résultat de 80 CHF. La prime contractuelle doit alors être au minimum de 72 CHF.

Une limite supérieure doit être fixée dans le plan d'exploitation pour le volume total des réductions injustifiées actuariellement d'un produit. Le volume de ces réductions doit rester dans une fourchette étroite. Il faut comprendre par là un pourcentage bas à un seul chiffre de réductions injustifiées actuariellement par rapport au volume total. Fixer une limite supérieure au volume sert à prévenir le risque que des primes plus élevées soient facturées aux

assurés qui ne bénéficient pas de réductions. En outre, la limitation du volume assure la transparence dans le rapport entre les charges de sinistres d'un produit (prime de risque) et le niveau du tarif. Ce rapport et la garantie de sa justification actuarielle revêtent un caractère essentiel dans le contexte de l'examen et de l'approbation des tarifs dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire.

Les réductions ne sont plus considérées comme admissibles lorsqu'il en résulte une contribution de couverture négative sur le produit concerné ou, dans le cas de contrats collectifs ou de contrats-cadres, sur la partie du portefeuille qui en bénéficie, afin d'éviter un financement croisé ou une mise en danger de la solvabilité. Les réductions doivent essentiellement être considérées comme une renonciation totale ou partielle à la marge bénéficiaire.

Ainsi, les limites selon les Cm 35 ss s'appliquent aux réductions injustifiées actuariellement, quelle que soit leur source de financement. Les réductions pour collaborateurs d'entreprises d'assurance-maladie constituent une exception. Ces collaborateurs bénéficient généralement de réductions plus élevées sous la forme d'avantages accessoires, qui sont cependant comptabilisés dans la comptabilité des salaires et donc non pris en compte comme réductions.

Dans la mesure où cela n'entraîne pas un résultat technique négatif, une réduction accordée à large échelle, respectivement à l'ensemble du portefeuille, demeure admissible, dans les limites définies s'il s'agit de réductions non justifiées actuariellement. Cela reviendrait à renoncer, totalement ou partiellement, à la marge bénéficiaire.

4.7.2 Transparence des réductions (Cm 37.5)

Les grandeurs soumises aux conditions des Cm 37 ss varient au cours du temps, c'est-à-dire qu'elles pourraient ne plus être conformes ultérieurement. C'est pourquoi l'entreprise d'assurance est responsable de veiller à ce que ces dispositions soient respectées et de prendre les mesures nécessaires lorsque ce n'est pas le cas, en réduisant ou supprimant une réduction. Ces mesures doivent être préalablement approuvées par la FINMA.

Les conditions prudentielles des réductions accordées (cf. Cm 37.1 ss) pouvant, avec le temps, ne plus être remplies, il faut faire en sorte que dans les contrats avec les preneurs d'assurance ces réductions puissent aussi être réduites ou supprimées par la voie du droit civil. Les entreprises d'assurance sont responsables de configurer les contrats d'assurance en conséquence si elles veulent accorder des réductions.

4.8 Modification de tarifs existants (Cm 38 à 39.3)

Les Cm 38 ss concernent les modifications des tarifs de contrats en cours. Le Cm 38 préexistant est séparé en deux chiffres marginaux. Cela permet de souligner qu'une modification de tarifs de contrats en cours ne peut se faire que lorsque le droit civil le permet. Modifier les primes requiert en particulier non seulement la présence d'une clause en ce sens, mais aussi que les conditions justifiant une adaptation des primes soient remplies.

D'autre part, la clause d'exception pour les produits prévoyant un droit de passage à des portefeuilles ouverts au moins équivalents est précisée et dorénavant incluse dans le Cm 39.

D'une part les conditions d'applicabilité de la clause d'exception devaient être précisées, d'autre part la mesure du dépassement alors admissible du renchérissement exogène devait être réglée.

La clause d'exception ne peut être appliquée que si, au vu du droit de passage, il ne résulte de désavantage pour aucun des assurés. Ce principe est inscrit, sous une forme remaniée, dans le Cm 39.

Du point de vue des prestations, il naît un désavantage dès qu'une prestation n'est plus couverte ou ne l'est plus dans la même mesure, comme par exemple en cas de limite de couverture plus basse ou de délai d'attente plus long, mais en particulier aussi de passage d'un produit sans limitation du choix du prestataire de soins dans un produit avec liste de prestataires, savoir dans un produit pour lequel l'assureur peut modifier unilatéralement la liste des prestataires. Cela vaut de manière analogue en cas de liste plus restrictive des prestataires agréés.

Du point tarifaire, les assurés ne doivent subir un désavantage au niveau des primes ni au moment du transfert, ni à plus long terme. Cela signifie que pour chacun des assurés du produit fermé les primes, avant adaptation supérieure au renchérissement exogène, doivent être supérieures ou égales à celles qui sont offertes dans le produit ouvert vers lequel le droit de passage est proposé. L'échéance déterminante pour la comparaison est celle de la mise en application de l'adaptation tarifaire demandée. La condition doit être remplie aussi bien au niveau des positions tarifaires qu'en valeurs actuelles des primes futures. La valeur actuelle doit être calculée sur des bases adéquates, la preuve devant en être apportée par l'entreprise d'assurance requérante.

Les deux comparaisons sont importantes. Il ne saurait être attendu d'un preneur d'assurance qu'il accepte un saut de prime, même si dans la durée il ne devait pas s'acquitter d'un total de primes plus élevé. Aucun désavantage ne saurait non plus être admis à plus long terme, c'est-à-dire sur l'ensemble de la durée restante du contrat.

Il importe de spécifier que les conditions doivent être remplies pour chacun des assurés de l'effectif. Si elles ne devaient l'être qu'en moyenne ou pour une partie de l'effectif seulement, il en résulterait un abus sous la forme d'une inégalité de traitement.

Il importe également de préciser la mesure du dépassement admissible du renchérissement exogène. Seules les charges administratives proportionnellement plus élevées, liées à la taille réduite de l'effectif et à l'exploitation parallèle de plusieurs produits, peuvent être prises en compte.

Une charge des sinistres plus élevée consécutive à une structure des risques moins favorable doit en revanche être foncièrement couverte par des provisions techniques.

Il convient en outre, pour les contrats à durée viagère, de veiller à préserver la continuité dans le rapport contractuel. Aussi aucune hausse de primes subite et nominalement forte ne peut-elle être effectuée. Dans la formulation de la clause d'exception il est ainsi stipulé que les adaptations doivent demeurer modérées.

Des adaptations qui iraient au-delà de ce cadre ne sont possibles que sous le régime du Cm 39.3.

Il existe un risque de pertes au niveau du produit. C'est en premier lieu à l'entreprise d'assurance assumant la responsabilité de la gestion des portefeuilles de supporter ces risques.

4.9 Admissibilité des hausses de primes (Cm 39.1)

Le Cm 39.1 garantit, concernant le résultat technique d'un tarif, qu'une hausse de tarif ne puisse pas entraîner un dépassement de la limite supérieure selon le Cm 8 ni accentuer un dépassement déjà existant.

4.10 Corrections (Cm 39.2)

Dans le cadre de l'examen d'une demande de modification tarifaire, la FINMA procède si nécessaire à des corrections du résultat technique, notamment en cas de frais de conclusion et de gestion inappropriés (ce qui est aussi possible si l'organe de révision a confirmé les frais de conclusion et de gestion spécifiques au produit) ou en cas de modifications inappropriées des provisions techniques (en particulier de grandes déviations dans l'évolution par rapport à la série temporelle correspondante). Le Cm 39.2 consigne cette approche existante (cf. aussi ch. 4.2).

4.11 Hausses dépassant le renchérissement exogène (Cm 39.3)

Le Cm 39.3 stipule clairement que les hausses de tarifs dépassant le renchérissement exogène non encore pris en compte sont certes possibles mais devraient rester exceptionnelles. Elles ne doivent être autorisées que si les pertes attendues mettent en danger la solvabilité de l'entreprise d'assurance concernée. Concernant les caisses mixtes, le risque d'insolvabilité n'est estimé que sur les affaires LCA.

L'entreprise d'assurance supporte le risque d'assurance, raison pour laquelle seul le renchérissement exogène peut en principe être répercuté sur les assurés. Il n'y a pas de risque d'insolvabilité lorsqu'un seul produit subit de fortes pertes, mais que l'entreprise d'assurance présente dans l'ensemble une solvabilité suffisante. Dans ce cas, seul le renchérissement exogène peut être répercuté. En revanche, si les pertes attendues, en tant que résultats techniques, entraînent un risque d'insolvabilité, le Cm 39.3 s'applique. Dans cette situation, des mesures d'accompagnement, telles qu'une réduction des charges administratives, un renforcement des provisions ou une renonciation au versement de dividendes, doivent être mises œuvre. Dans un tel cas, la FINMA peut vérifier auprès de l'entreprise d'assurance quelles responsabilités ont pu aboutir à une telle situation.

L'admissibilité d'une telle hausse dépend aussi de sa compatibilité avec les bases contractuelles entre l'entreprise d'assurance et le preneur d'assurance.

4.12 Adaptation extraordinaire (Cm 40 à 44)

Les précisions aux Cm 38 à 39.3 rendent inutile la différenciation entre adaptations ordinaire et extraordinaire. Les Cm 40 à 44 sont donc abrogés.

4.13 Indications techniques du plan d'exploitation et liste des documents

Les Cm 45 à 56 et 63 à 73 contiennent uniquement des exigences formelles concernant la demande d'approbation d'un tarif. Ils sont supprimés de la circulaire et replacés dans un guide pratique. La circulaire s'en trouvera plus lisible et plus courte.

4.14 Dispositions transitoires

4.14.1 Dispositions transitoire concernant le Cm 31 (Cm 75)

Des dispositions transitoires sont nécessaires dans les cas où les bases contractuelles, notamment les CGA, doivent être adaptées. L'inscription d'un

délaï permet de garantir qu'à partir du 1^{er} janvier 2023 au plus tard seules les CGA répondant aux exigences de transparence définies au Cm 31 seront utilisées pour les conclusions de contrats.

La situation au regard du droit civil détermine si et dans quelle mesure les CGA ainsi modifiées peuvent être intégrées dans les contrats d'assurance en cours. Le cas échéant, une intégration des CGA modifiées dans les contrats d'assurance en cours est possible même sans le consentement exprès des preneurs d'assurance si l'adaptation peut être considérée comme leur étant purement bénéfique (art. 6 du Code des obligations) ; dans le cas contraire, leur consentement exprès est requis. L'adaptation correcte du contrat au regard du droit civil relève de la responsabilité de l'entreprise d'assurance.

4.14.2 Disposition transitoire concernant les Cm 37 à 37.3 et 37.5 (Cm 76)

Lors de l'entrée en vigueur de la circulaire révisée, il y aura probablement sur le marché de nombreuses réductions qui ont certes été conclues valablement, mais qui devront être adaptées conformément aux Cm 37 à 37.3. Pour ces réductions, il faut prévoir une adaptation conformément à la mesure autorisée, qui tienne compte des obligations de chaque entreprise d'assurance au regard du droit civil. En conséquence, il est précisé, en ce qui concerne les réductions existantes, qu'elles ne peuvent pas être augmentées au-delà de la mesure autorisée. Il va de soi qu'aucune nouvelle réduction excédant la mesure autorisée ne peut être convenue contractuellement à partir de la date d'entrée en vigueur de la révision. Aussi cela n'est-il pas expressément mentionné.

4.15 Glossaire

4.15.1 Réductions

Le terme de « réductions » est désormais utilisé en lieu et place de celui de « rabais ». La nouvelle distinction entre réductions avec ou sans justification actuarielle découle de l'adaptation des Cm 30 ss, selon lesquels des limites supérieures autorisées sont désormais fixées pour les réductions sans justification actuarielle.

4.15.2 Prime de référence

La prime de référence est introduite en tant que grandeur de référence à laquelle s'appliquent les réductions. Il s'agit ainsi de la prime selon les feuilles de tarif dans lesquelles les tarifs sont indiqués en tenant compte de toutes

les caractéristiques tarifaires. Les caractéristiques tarifaires sont généralement des caractéristiques comme l'âge, le sexe, la région, la franchise, la couverture en cas d'accident, etc.

Si dans une police aucune réduction n'est accordée, la prime contractuelle correspond à la prime de référence.

4.15.3 Prime contractuelle

La prime contractuelle correspond à la prime de référence moins les réductions, soit en principe la prime prévue par le contrat.

5 Processus de réglementation

La FINMA est favorable à un processus de réglementation transparent, prévisible et crédible, qui implique tôt les parties concernées ainsi que les cercles intéressés, par ex. les autorités et éventuellement les milieux scientifiques. Une audition publique est en principe organisée pour les modifications apportées aux ordonnances et aux circulaires (sauf en cas d'adaptations purement formelles). Les intéressés font un large usage de la possibilité de prendre position dans le cadre de ces auditions. Le conseil d'administration de la FINMA en tant qu'organe compétent évalue les prises de position et expose à chaque fois dans un rapport (rapport sur les résultats) dans quelle mesure celles-ci sont mises en œuvre. Tous les documents relatifs aux auditions, y compris le rapport sur les résultats, sont publiés.⁴

5.1 Consultation préalable

Avant l'ouverture de la procédure d'audition, la FINMA procède en principe à des consultations préalables des personnes concernées et des milieux intéressés. Elle clarifie alors les faits déterminants et recueille les informations nécessaires, explique l'orientation du projet de réglementation et enregistre les appréciations correspondantes. L'échange peut aussi porter sur les actions à entreprendre et les options éventuelles.

Du 20 avril au 5 mai 2020, la FINMA a organisé une consultation préalable, par écrit, avec une dizaine de participants, des représentants de la branche, des consommateurs et des autorités.

⁴ Les documents relatifs aux auditions concernant les révisions d'ordonnances et de circulaires de la FINMA sont publiés sur le site Internet de la FINMA (www.finma.ch > Documentation > Auditions).

5.2 Première consultation des unités administratives également intéressées

Du 30 juin au 21 juillet 2020, la FINMA a consulté une première fois les unités administratives également intéressées.

5.3 Consultation publique

Les présentes adaptations n'ont pas une grande portée dans le sens de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (RS 172.061). La FINMA a donc procédé à une audition selon l'art. 10 al. 2 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.11). Le délai d'audition a été de deux mois.

5.4 Deuxième consultation des unités administratives également intéressées

Du 20 janvier au 10 février 2021, la FINMA a consulté une deuxième fois les unités administratives également intéressées.

5.5 Troisième consultation des unités administratives également intéressées

Du 26 mars au 14 avril 2021, la FINMA a consulté une troisième fois les unités administratives également intéressées.

6 Principes de réglementation⁵

La révision de la Circ.-FINMA 10/3 a pour but, entre autres, de l'adapter à la jurisprudence et d'y intégrer la pratique établie tout en précisant certaines définitions. Les possibilités de variantes dans la définition de la réglementation étaient donc restreintes au niveau de la FINMA. Elle a tenu compte des effets sur la viabilité et la compétitivité internationale de la place financière suisse, dès lors que cela semblait pertinent. Les réglementations adoptées sont neutres sur les plans de la concurrence et de la technologie. Les règles différenciées conformément à l'art. 7 al. 2 let. c de la loi sur la surveillance des marchés financiers (RS 956.1) doivent tenir compte du but visé par la réglementation et des risques. Le fait que les assurés doivent être protégés contre les abus s'applique de manière identique à tous les assujettis. À cet égard, une différenciation en fonction de la taille, de la complexité, de la

⁵ Selon l'art. 6 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers.

structure, de l'activité commerciale et des risques des assujettis n'est pas appropriée en la matière.

7 Analyse d'impact⁶

7.1 Généralités

Les conséquences des réglementations doivent en principe déjà être présentées en détail au niveau de la loi. Les conséquences sont également présentées dans le cadre de la promulgation d'ordonnances du Conseil fédéral (en référence à l'analyse d'impact au niveau de la loi)⁷.

Le transfert du concept des seuils d'intervention (y compris la limitation de la marge autorisée) dans la circulaire n'a sur le fond aucun effet sur les assujettis car ce concept est déjà établi dans la pratique de la FINMA.

7.2 Effets des modifications concernant les réductions

Les modifications concernant la pratique en matière de réductions ont différents effets, parfois opposés. Les réductions actuariellement non justifiables sont désormais limitées à 10 %. Il en résulte que des réductions préexistantes dépassant 10 % et non justifiables sur le plan actuariel doivent être réduites.

Avec la définition de l'inégalité de traitement importante, il faut partir du principe que les primes individuelles des assurés d'un produit seront plus proches de la prime de référence. Dans le cas de produits pour lesquels un nombre disproportionné d'assurés se sont vu accorder une réduction actuariellement non justifiée, la limitation des réductions à un pourcentage bas à un chiffre peut entraîner une nécessité de diminuer les réductions au niveau du produit. L'égalité de traitement renforcée au sein du collectif entraîne une hausse de prime pour certains assurés qui bénéficiaient jusqu'ici d'une prime actuariellement injustifiée et donc trop basse.

7.3 Adaptations de tarifs

Avec la limitation conséquente des adaptations de primes au renchérissement exogène, les marges de manœuvre sont réduites pour les produits dont les charges de prestations sont nettement en dehors de l'évolution du

⁶ Selon l'art. 7 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers.

⁷ L'analyse d'impact de la réglementation concernant la LSA et l'OS peut être consultée via le lien suivant à partir de la page 3425 : <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2003/3353.pdf> (état : septembre 2020).

marché ou qui, fermés, ne sont pas assortis d'un droit de passage qui remplit les conditions du Cm 39. Il en résultera à l'avenir des hausses de primes plus modérées que jusqu'ici, des pertes techniques ne pouvant dès lors être exclues. Il faut s'attendre à ce que les produits qui connaissent une évolution déficitaire continuent d'afficher des pertes. Globalement, ces pertes sont supportables pour les entreprises d'assurance. La valeur actuelle des pertes futures des produits pour lesquels les provisions de vieillissement disponibles ajoutées aux primes futures ne parviennent pas à couvrir les prestations futures est estimée à 3 % à peine de la valeur actuelle des primes de la totalité des produits d'assurance-maladie complémentaires. Compte tenu des volumes respectifs, les pertes totales pourraient être couvertes par les marges autorisées pour le reste de l'effectif. Cette estimation repose sur les résultats des produits pour les exercices 2018 et 2019 et ne tient compte ni de l'applicabilité du Cm 39.3, ni des provisions de sécurité et pour fluctuations constituées.

Au niveau des entreprises d'assurance considérées individuellement, la situation peut être plus aiguë. Il convient de noter à cet égard qu'en cas de pertes attendues mettant en danger la solvabilité de l'entreprise d'assurance concernée, le Cm 39.3, qui prévoit la possibilité d'une adaptation de tarif dépassant la mesure du renchérissement exogène, serait applicable.

L'effet de hausses de primes moins importantes peut avoir pour conséquence que les assurés se montrent moins enclins à remplacer leur produit conclu initialement par un produit ouvert et restent donc assurés plus longtemps dans le premier. Pour les preneurs d'assurance, l'évolution de leurs primes au fil du temps sera plus prévisible.

7.4 Transparence concernant la progression en lien avec l'âge

Du point de vue des clients, le remaniement de la circulaire est avantageux car l'assuré peut prendre des décisions en étant bien informé grâce aux nouvelles dispositions relatives à la transparence. Pour les clients, l'accent est mis sur la transparence lors de la conclusion du contrat. Avec les dispositions actuelles, le preneur d'assurance est insuffisamment informé des implications qu'un changement de classe d'âge peut avoir sur la prime.

Il faut partir du principe que les conclusions de nouveaux contrats seront très légèrement moins nombreuses mais que, parallèlement, les nouveaux assurés auront tendance à rester plus longtemps dans le portefeuille du produit.

8 Suite de la procédure

La révision partielle entre en vigueur au 1er juin 2021.