



Kevin M. Hubacher

Dr iur., J.M. (LL.M.), avocat
associé et coresponsable du groupe industrie
de l'assurance de MLL Meyerlustenberger
Lachenal Froriep AG, Zurich
www.mll-legal.com



Cet article spécialisé est également disponible sous forme de fichier audio: rendez-vous sur www.trex.ch, écoutez-le directement ou téléchargez-le.

Droit de l'intermédiation en assurance

Intermédiation en matière d'assurance par des exploitants de commerce

La révision partielle de la loi sur la surveillance des assurances conduit à un renforcement du droit applicable aux intermédiaires, tout en excluant de la surveillance les intermédiaires de certaines assurances. À quoi les exploitants de commerce devront-ils désormais veiller s'ils exercent une activité d'intermédiaire d'assurance?

1. Exposé de la situation

Ces derniers temps, une expression anglaise à la mode fait beaucoup parler d'elle: «embedded insurance». Ce terme désigne l'intégration de solutions d'assurance aux processus de production et de commercialisation. L'assurance complète une prestation de services ou un produit de base. En matière de commercialisation, la vente de l'assurance est intégrée à la chaîne de valeur du fournisseur de cette prestation ou de ce produit. Du fait de la digitalisation, l'embedded insurance se retrouve au centre de l'attention, sans qu'il s'agisse là toutefois d'une forme de distribution nouvelle. Il y a des années déjà que des exploitants de commerce se sont mis à proposer des solutions d'assurance en marge de leur activité principale de service ou de production. Les exemples ne manquent pas: des garagistes proposent des assurances-auto, des agences de voyage font office d'intermédiaires pour des assurances annulation, des

organisateurs d'événements proposent des assurances annulation de billets, des magasins de sport promeuvent la vente d'assurances-ski et des sociétés d'informatique recommandent de même des assurances-natel. Ces exploitants de commerce sont dans l'immense majorité des cas des intermédiaires d'assurance liés.

2. Révision du droit relatif à la surveillance des intermédiaires d'assurance

2.1 État d'avancement des travaux de révision

Le 21 octobre 2020, le Conseil fédéral a adopté le message concernant la révision partielle de la loi sur la surveillance des assurances¹. Le projet répond aux exigences que le Parlement avait fixées lors de l'examen de la loi sur les services financiers. Il s'agit d'améliorer la protection des clients et la compétitivité du secteur

suisse des assurances². Le 18 mars 2022 les Chambres fédérales ont adopté le projet (revLSA)³. Le 17 mai 2022 le Département fédéral des finances (DFF) a publié l'avant-projet de modification de l'ordonnance sur la surveillance (OS). La consultation a duré jusqu'au 7 septembre 2022⁴. À la date de remise du présent article, les travaux menés sur l'ordonnance étaient toujours en cours – le projet d'ordonnance n'a pas encore été publié⁵. Quant à savoir quand la législation révisée sur la surveillance des assurances (loi et ordonnance) entrera en vigueur, la réponse est peu claire⁶. Ce qui est clair en revanche, c'est que la surveillance de l'intermédiation d'assurance sera allégée.

2.2 Qui sera désormais réputé intermédiaire d'assurance?

La définition de l'intermédiaire d'assurance ne change pas: toute personne qui, quelle que soit sa désignation, propose ou conclut un contrat d'assurance dans l'intérêt d'une entreprise d'assu-

rance ou d'une autre personne (art. 40 al. 1 revLSA). L'avant-projet d'OS concrétise le fait que constitue une intermédiation d'assurance le fait de conseiller les preneurs d'assurance, de proposer des contrats d'assurance et d'accomplir d'autres travaux préparatoires essentiels à ces activités (art. 182a al. 1 A-P OS). La simple transmission de données ou d'informations ne constitue pas une intermédiation en assurance si elle n'est accompagnée d'aucune assistance à la conclusion d'un contrat d'assurance (art. 182a al. 3 A-P OS)⁷, ce qui n'est pas non plus une nouveauté.

2.3 Intermédiaire lié ou non lié, telle est la question

Tout comme aujourd'hui, la question essentielle restera de savoir si un intermédiaire d'assurance exerce son activité en qualité d'intermédiaire lié ou non lié. Est réputé non lié un intermédiaire qui entretient des rapports de loyauté avec les preneurs d'assurance et agit dans l'intérêt de ces derniers. Tous les autres intermédiaires d'assurance sont considérés comme des intermédiaires liés (art. 40 al. 3 revLSA)⁸. Quant à savoir si un intermédiaire d'assurance agit pour le compte de deux assureurs ou plus, cette question n'est plus pertinente pour qualifier un intermédiaire lié⁹. L'important est de savoir que l'intermédiaire d'assurance ne pourra être que lié ou non lié. Comme dans le droit actuel, les exploitants de commerce qui font office d'intermédiaires d'assurance à titre accessoire seront considérés comme des intermédiaires liés dans l'immense majorité des cas.

2.4 Dispense de surveillance, source d'embûches

Le législateur a ajusté la surveillance de l'intermédiation au droit européen en la matière. La directive européenne sur la distribution d'assurances exclut de la surveillance, sous certaines conditions, les intermédiaires d'assurance qui exercent à titre accessoire des activités de distribution d'assurances¹⁰. Avec la révision, les exploitants de commerce suisses qui proposent des assurances de faible importance et en complément à un produit ou à un service profiteront eux aussi de cette réglementation. Un exploitant de commerce faisant office d'intermédiaire pour des assurances échappera donc à la surveillance de la FINMA si toutes les conditions ci-après sont remplies (art. 2 al. 2 let. f revLSA en relation avec l'art. 1h A-P OS)¹¹:

- la prime annuelle pour l'assurance procurée, hors taxes, ne dépasse pas 600 francs;
- l'assurance procurée constitue une prestation subordonnée à la livraison d'un produit ou à la fourniture d'un service par un prestataire quelconque, et
- l'intermédiation intervient en tant qu'activité accessoire.

La condition de l'activité accessoire devrait être remplie chaque fois que « le contrat d'assurance n'aurait pas été conclu sans acquisition du produit ou du service »¹² – ou autrement dit, que le produit ou le service pourrait être vendu aussi sans assurance. Cette condition serait également toujours remplie si l'activité principale de l'exploitant de commerce consiste non pas à distribuer des assurances, mais à proposer ses principaux services ou produits¹³.

Reste la condition de la limite de prime. Dans la plupart des cas, celle-ci conduira à ce que maints exploitants de commerce ne profiteront pas de la dispense de surveillance – tel sera le cas des garagistes pour l'intermédiation d'assurances-auto. Les exploitants de commerce seront par conséquent bien inspirés de clarifier la prime annuelle d'un produit d'assurance. Faute de répondre à la condition de la prime, il leur est

conseillé de s'en tenir à la simple transmission d'adresses, exempte de surveillance, aux assureurs.

2.5 Quiconque pratique l'intermédiation d'assurances devra désormais s'acquitter d'obligations fort diverses

Sous le régime actuel de la surveillance, les intermédiaires d'assurance liés n'ont qu'une seule obligation: informer les clients de certaines circonstances (art. 45 LSA en relation avec l'art. 190 OS). À l'avenir, cela changera: la révision du droit d'intermédiation prévoit un ensemble d'obligations (voir le tableau).

L'obligation d'information, l'obligation de prendre des mesures organisationnelles pour prévenir des conflits d'intérêts et l'obligation de remettre en tout temps des documents aux preneurs d'assurance et aux assurés seront aisées à

Obligations au sens du droit révisé relatif à la surveillance des intermédiaires d'assurance

| Obligation | Intermédiaire lié | Intermédiaire non lié |
|---|--|--|
| Enregistrement (art. 41 al. 1 revLSA) | En principe aucun droit à l'inscription au registre ¹ | Oui, aux conditions suivantes: – bonne réputation et garanties – capacités et connaissances nécessaires – assurance-responsabilité civile professionnelle ou garanties financières équivalentes |
| Formation initiale et formation continue (art. 43 revLSA; art. 190 s revOS) ² | Oui: – Formation initiale et formation continue conformes aux normes minimales fixées par les organisations de la branche et autorisées par la FINMA – Attestation de réussite à un examen ou présentation d'un certificat équivalent et, pour la formation continue, attestation d'activités d'apprentissage documentées | |
| Obligation d'information (art. 45 revLSA) | Oui, obligation d'informer sur: – l'identité de l'intermédiaire d'assurance; – le genre d'intermédiation (lié/non lié); – en cas d'intermédiation liée: l'identité du ou des assureurs; – la formation initiale et la formation continue de l'intermédiaire d'assurance; – la personne responsable; et – le traitement des données personnelles. | |
| Mesures organisationnelles pour prévenir les conflits d'intérêts (art. 45a revLSA) ³ | Oui, des mesures organisationnelles doivent être prises pour prévenir les conflits d'intérêts ou pour exclure les désavantages qui pourraient résulter de ces conflits pour les preneurs d'assurance. Si un désavantage pour les preneurs d'assurance ne peut être exclu, il doit leur être communiqué. | |
| Publicité des rémunérations de la part des assureurs et d'autres tiers (art. 45b revLSA) | Non | Oui, étant précisé qu'il existe une obligation de publicité différenciée ⁴ . |
| Obligations en lien avec des assurances-vie qualifiées (art. 39bss revLSA) | Oui: – remise d'une fiche d'information de base; – examen d'adéquation; – documentation sur l'activité de conseil; et – reddition de comptes sur l'évaluation et l'évolution des instruments financiers compris dans des assurances-vie qualifiées. | |
| Remise de documents au preneur d'assurance et à l'assuré (art. 80 revLSA) | Oui, remise en tout temps d'une copie du dossier ainsi que de tout autre document au preneur d'assurance et à l'assuré (sur papier ou, avec leur accord, sous forme électronique) | |

¹ Une inscription au registre des intermédiaires n'est possible que si les intermédiaires liés souhaitent exercer leur activité à l'étranger et si l'État étranger en question exige un enregistrement en Suisse.

² Message concernant la modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) du 21 octobre 2020, FF 2020 8967 ss (cit. message nLSA), p. 9010 ; cf. Kevin M. Hubacher, Neuerungen im Versicherungsvermittlungsrecht, in: HAVE/REAS 3/2022, p. 247 ss, p. 254.

³ Message nLSA (note 2), p. 9012; voir aussi Hubacher (note 2), p. 251 s.

⁴ Message nLSA (note 2), p. 9012 s.; voir aussi Joachim Frick, Risikobasierte Versicherungsaufsicht, in: GesKR 2022, p. 479 ss, p. 485; cf. Hubacher (note 2), p. 253 s.

mettre en œuvre. Il sera autrement difficile pour les exploitants de commerce de satisfaire à l'obligation de formation initiale et de formation continue – les ressources nécessaires en temps et en argent leur feront générale-

ment défaut. En outre, la question se posera de savoir si la charge de travail requise pour l'intermédiation d'assurances en complément de leur service ou produit principal en vaudra la peine. ■

→ Conclusion et recommandation

Les obligations évoquées ici devront être satisfaites dès l'entrée en vigueur de la révision partielle de la législation sur la surveillance des assurances – à l'unique exception des exigences de formation initiale et de formation continue et des obligations relatives aux assurances-vie qualifiées qui devront être remplies dans les deux ans, respectivement dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la modification de la loi (art. 90a al. 4 et 3 revLSA). Les changements concernant la surveillance de l'intermédiation entraîneront pour les intermédiaires d'assurance liés et non liés des «coûts de compliance en nette augmentation»¹⁴. Les exploitants de commerce qui pra-

tiquent actuellement l'intermédiation d'assurances devraient par conséquent vérifier:

- si les assurances qu'il proposent ne constitueront à l'avenir qu'une activité accessoire, dont l'intermédiation ne sera pas soumise à la surveillance de la FINMA;
- si, en cas de non-libération de surveillance, ils seront à même de satisfaire aux nombreuses obligations leur incombant en matière de formation initiale et de formation continue; et
- si en cas de non-libération de la surveillance, quelles seront les mesures à prendre pour respecter les nouvelles obligations.

¹ Message concernant la modification de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) du 21 octobre 2020, FF 2020 8967 ss (cit. message nLSA).

² Conseil fédéral, communiqué: Le Conseil fédéral adopte le message concernant la révision partielle de la loi sur la surveillance des assurances, consultable sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-80800.html> (dernière consultation le 19 février 2023); sur les motifs de la révision, voir aussi Kevin M. Hubacher, Neuerungen im Versicherungsvermittlungsrecht, in: HAVE/REAS 3/2022, p. 247 ss.

³ Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA), FF 2022 704 ss.

⁴ Département fédéral des finances, communiqué: Entreprises d'assurance privées: le DFF ouvre la consultation sur la modification de l'ordonnance sur la surveillance, consultable sous: <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-88844.html> (dernière consultation le 19 février 2023).

⁵ C'est pourquoi cet article repose d'une part sur le texte du vote final adopté par les Chambres fédérales le 18 mars 2022 et, d'autre part, sur l'avant-projet d'ordonnance sur la surveillance.

⁶ Il était initialement question d'une entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2023 (cf. Département fédéral des finances, modification de l'ordonnance sur la surveillance, rapport explicatif en vue de l'ouverture de la procédure de

consultation, 17 mai 2022, consultable sous: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/71495.pdf>, dernière consultation le 19 février 2023 [cit. rapport du DFF], p. 87). Une entrée en vigueur au 1^{er} juillet 2023 ne paraît toutefois guère réaliste.

⁷ La transmission de données d'adresse vaut également transmission d'adresse et, comme telle, est exclue de la surveillance des intermédiaires. Pour une interprétation étendue du terme d'intermédiation d'assurance surveillée, cf. Joachim Frick, Risikobasierte Versicherungsaufsicht, in: GesKR 2022, p. 479 ss, p. 484.

⁸ Message concernant la révision partielle de la LSA (renvoi 1), p. 9007.

⁹ Tel est aussi l'avis de Frick (renvoi 8), p. 484.

¹⁰ Directive (EU) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances, article premier, par. 3.

¹¹ Voir aussi à ce propos Frick (renvoi 8), p. 483 s; cf. message concernant la LSA révisée (renvoi 2), p. 8984.

¹² Hubacher (renvoi 3), p. 251.

¹³ Opinion critique sur l'activité accessoire: Hubacher (renvoi 3), p. 251; voir aussi Frick (renvoi 8), p. 484.

¹⁴ Konrad Meier/Angelina Lang, Teilrevision des VAG – Zusätzliche Aufgaben für die Compliance-Funktion von Versicherungsunternehmen, in: RR-COMP 5/2021, p. 2 ss, p. 4. Ces deux auteurs n'ont toutefois identifié clairement des coûts supérieurs que pour les intermédiaires d'assurance non liés.