Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-6320/2012

Arrêt du 4 novembre 2014

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Philippe Weissenberger et Francesco Brentani, juges,
Fabienne Masson, greffière.

Parties

X._____,
représentée par Maître Thierry Cagianut, avocat,
recourante,

contre

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA,
Laupenstrasse 27, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Agrément pour exercer l'activité de réassurance par une captive (C3).

Faits :

A.
X._____ SA (ci-après : X._____ ou la recourante) est une société anonyme sise à A._____ inscrite au registre du commerce de B._____ depuis le 1er novembre 2012 ; son but social, tel qu'il ressort dudit registre, se présente comme « toutes activités de réassurance pour sa maison mère, Y._____, ainsi que pour toutes les sociétés et participations du groupe Y._____ ».

La société a été fondée sous la raison sociale X._____ Limited en (…) à C._____ ; en 2011, la direction du groupe Y._____ a choisi de transférer son siège social en Suisse et de continuer ses affaires à B._____. Lors d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires le 13 septembre 2012, la décision a été prise de transférer son siège social en Suisse, de la soumettre au droit suisse, de changer sa raison sociale et de reconvertir son capital-actions de USD (…) en CHF (…).

A.a Après divers contacts avec l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) dès le 8 juillet 2011, X._____ a requis auprès d'elle, par demande du 24 novembre 2011 complétée le 12 décembre 2011, un agrément pour exercer l'activité de réassurance en Suisse en vertu de la loi sur la surveillance des assurances privées. X._____ a, à cette occasion, fait part de sa volonté de transférer son siège avec effet au 1er mars 2012.

A.b Le dépôt de la demande d'agrément a été suivi de nombreux échanges de correspondance ainsi que de diverses rencontres entre les représentants de la société et ceux de la FINMA portant en particulier sur la transmission à celle-ci de l'ensemble de la documentation nécessaire à l'examen de la demande. Dans ce cadre, la FINMA a notamment, par courrier du 27 janvier 2012, insisté sur les difficultés d'une telle procédure d'agrément, indiquant ne pouvoir faire aucun pronostic sur la date du transfert ; elle a déclaré ne pas être en mesure de traiter la demande, cette dernière comportant encore de nombreuses lacunes. Elle a également souligné que l'avancement de la procédure dépendait en grande partie de la capacité à collaborer de la société requérant l'agrément. Dans ce même courrier, elle a rappelé qu'en l'espèce, en raison de la complexité de la structure de risques, il convenait d'appliquer les dispositions relatives au test suisse de solvabilité (SST), même si les captives d'assurance n'y sont en principe pas soumises.

Le 13 juillet 2012, X._____ a déposé une demande remaniée datée du 10 juillet 2012 en vue de l'octroi d'un agrément pour exercer l'activité d'assurance C3, réassurance par une captive.

A.c Par courrier du 11 septembre 2012, la FINMA a d'une part reconnu l'avancement de la constitution du dossier relatif à la demande d'agrément ; d'autre part, après un examen plus approfondi et des discussions internes, elle a néanmoins considéré que le transfert prévu alors par la recourante le 1er octobre 2012 ne s'avérait pas réaliste. À la base de son appréciation, elle a notamment souligné que X._____ présentait d'importants risques de concentration en raison du cash pooling avec sa maison mère ; elle a estimé que ce risque devait être réduit avant le transfert. Proposant une réunion à la recourante afin de régler les questions en suspens, elle a ajouté que, si ce but était atteint, elle espérait être alors en mesure de statuer sur la demande d'agrément au 1er novembre 2012.

A.d Dans son courrier du 27 septembre 2012, la recourante a expliqué que son excédent de capital était placé depuis plus de trente ans auprès de Y._____ SA dans le cadre du cash pooling du groupe Y._____. Elle a ajouté que cette stratégie d'investissement découlait de l'observation du rating AA- de Y._____ SA et de la politique de X._____ de ne pas investir auprès de banques dont la notation n'était pas bonne, ce qui était très souvent le cas depuis 2008. Elle a néanmoins déclaré comprendre que la concentration pouvait s'avérer préjudiciable. Elle a en outre relevé que la FINMA avait également soulevé le problème lié au placement de l'ensemble de son excédent de capital susceptible d'être considéré comme une violation de l'interdiction de restituer aux actionnaires le montant de leur versement. Elle a proposé de placer un montant de USD (…) correspondant au capital cible de CHF (…) auprès de banques dont le rating était au moins aussi élevé que celui de Y._____ SA, ayant identifié deux banques respectant ces exigences ; USD (…) seraient déposés auprès de chacune d'elles. Elle a noté qu'en plaçant un montant représentant plus de (…)% du capital-actions de la société auprès de banques extérieures, il ne pouvait être question d'une violation de restituer aux actionnaires le montant de leur versement.

A.e Par courriel du 4 octobre 2012, la FINMA a salué la proposition de mitigation de la recourante tout en affirmant que la diversification s'avérait toujours assez basse. Elle a en outre demandé des explications sur la mesure proposée. En date du 11 octobre 2012, la recourante a confirmé

que le montant de USD (…) serait divisé en deux parts égales et placé auprès de deux banques le 1er novembre 2012.

A.f Le 12 octobre 2012, la FINMA a transmis à la recourante un projet de dispositif. Ce dernier ne comportait aucune exigence relative au cash pooling. La FINMA attirait expressément l'attention de X._____ sur le fait que ledit projet pouvait ne pas correspondre au dispositif final de la décision.

A.g Par courriel du 22 octobre 2012 à X._____, la FINMA s'est référée à un entretien téléphonique du même jour. Elle a apporté quelques précisions sur les moyens de réduire le risque de cumul puis demandé à la recourante de lui faire une proposition sur la manière dont elle prévoyait de déposer les CHF (…) correspondant au capital porteur de risque au regard des précisions fournies.

A.h Par courriel du 26 octobre 2012, X._____ a déclaré ce qui suit :

> « In view of the licence to be issued to X._____ as per 1st November 2012, I am reverting to you regarding the two issues which are still open and which shall be included in FINMA's decision :
>
> 1. Capital Accumulation Risk
>
> Given FINMA's requirements, X._____'s management has decided on the following proposal: 30% of the Risk Bearing Capital of CHF (…) shall be deposited with Y._____ SA. The balance shall be deposited with 3 banks having each a minimum rating of AA- as per the decision of the board dated 28/09/2012. None of these deposits shall exceed 30% of the risk bearing capital.
>
> While X._____ accepts this additional requirement and will implement its above proposal following its redomiciliation in Switzerland, we disagree with FINMA's interpretation if its own Circular letter 2008/33 in regards to Capital Requirements for Reinsurance Captives. The annex to the Circular letter on which FINMA is basing its requirement is only applicable to captives which are not subject to the SST. For the captives, such as X._____, who are subject to the SST the only requirement is that the amount of the Risk Bearing Capital be at least as large as the Target Capital. X._____'s SST has shown that its Risk Bearing Capital is almost three times as large as its Target Capital. Thus, X._____ is getting in fact penalised for being extremely well capitalised.
>
> (…) »

Elle a en outre proposé un expert pour l'examen de la question du reversement aux actionnaires.

A.i Par courriel du 29 octobre 2012, la FINMA a accepté cette proposition. Elle a demandé à la recourante de bien vouloir produire par courriel une confirmation dûment signée, ce à quoi celle-ci a donné suite le 30 octobre 2012 en ces termes :

> « Following our exchange of correspondances concerning the request from the Finma, this is to confirm that 30% of the Risk Bearing Capital of CHF (…) shall be deposited with Y._____ SA. The balance shall be deposited with 3 banks having each a minimum rating of AA- as per the decision of the board dated 28/09/2012. None of these deposits shall exceed 30% of the risk bearing capital. »

Ce courriel, signé par Z._____, CFO de la recourante, a en premier lieu été adressé au mandataire de celle-ci qui l'a transféré à l'autorité inférieure.

A.j Par courriel du 31 octobre 2012, la FINMA a invité la recourante à se prononcer sur un projet de décision ; son dispositif comprenait le ch. 8 tel qu'il apparaît sur la décision entreprise. Le 1er novembre 2012, X._____ a pris position. Elle y a notamment fait référence à son courriel du 26 octobre 2012.

B.
Par décision du 1er novembre 2012, rendue en langue allemande, la FINMA a octroyé à X._____ l'autorisation d'exercer la branche d'assurance C3, réassurance par une captive, avec effet au 1er novembre 2012, à diverses conditions. En particulier, selon le ch. 8 du dispositif de ladite décision, X._____ était tenue de mettre en œuvre une réduction du risque de concentration selon le plan du 26 octobre 2012 jusqu'au 30 juin 2013 au plus tard et de l'annoncer à la FINMA. Dans ce contexte, l'autorité inférieure a constaté que l'actif du bilan de X._____ présentait un important risque de concentration vis-à-vis de sa société mère. Elle a noté que la recourante avait déjà pris des mesures afin de réduire ce risque, ayant soumis dans un courriel du 26 octobre 2012 les moyens envisagés pour continuer dans cette voie, prévoyant qu'à l'avenir aucun dépôt ne devait dépasser 30% du capital porteur de risque.

C.
Par écritures du 5 décembre 2012, mises à la poste le même jour, X._____ a recouru contre ladite décision auprès du Tribunal administratif fédéral, concluant préalablement à la recevabilité du recours et à l'adoption du français comme langue de procédure. À titre principal, elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'abrogation du ch. 8 de la

décision ; subsidiairement, elle demande, sous suite de frais et dépens, sa modification en ce sens qu'il lui serait imposé de déposer un montant correspondant au minimum à son Capital Cible auprès d'instituts bancaires ayant un rating Standard & Poor's minimal de AA-.

À l'appui de ses conclusions, la recourante explique que, dès les premiers contacts avec la FINMA, ses représentants ont attiré son attention sur le fait que la presque totalité de ses actifs étaient placés dans le cadre d'un cash pooling avec Y._____ SA : elle dépose la plus grande partie de sa trésorerie, soit environ CHF (…), en espèces auprès de sa maison mère, ces dépôts étant réglementés par un contrat de prêt. Elle ajoute que cette pratique avait pour but initial de gérer les excédents de cash au sein du groupe sans recourir au marché bancaire, ayant l'approbation du conseil d'administration de X._____ puisque Y._____ SA avait une stabilité financière et un rating (AA-) plus élevés que la plus grande partie des banques, en particulier depuis le début de la crise financière. Se référant à son quotient SST, elle souligne que sa capitalisation se révèle extraordinairement haute puisque sa marge de solvabilité est trois fois plus grande que l'exigence légale minimale. Dans ce contexte, elle estime que l'autorité inférieure s'est rendue fautive d'un abus de son pouvoir d'appréciation en lui imposant de placer 70% de son capital porteur de risque de CHF (…) auprès de dépositaires tiers et selon des critères qui lui sont propres ; elle reproche à la FINMA de s'ingérer dans les responsabilités exclusives du conseil d'administration ainsi que de l'administration de la captive du groupe Y._____, d'autant plus qu'il n'y a, outre Y._____ SA et ses filiales, pas d'assurés tiers dans le public à protéger. Elle note chercher sans succès dans la décision attaquée une justification légale pour l'imposition d'une telle charge.

D.
Par décision incidente du 11 décembre 2012, le Tribunal de céans a déclaré que la langue de la procédure serait le français.

E.
Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son rejet au terme de ses remarques responsives du 14 mars 2013. Elle explique en substance que, nonobstant le quotient SST, il convient, selon le principe de gestion appropriée des risques, d'écarter les risques de concentration ou de les réduire dans une mesure acceptable ; à défaut, les assurés encourent un risque d'insolvabilité tel que la FINMA ne peut exclure, à ce stade, de devoir retirer l'agrément à X._____. Elle indique

que le SST ne quantifie pas les risques opérationnels ou les cumuls de risques. Elle souligne que le quotient de 293% que fait valoir la recourante n'a pas été confirmé par l'autorité de manière définitive, n'est que provisoire et sujet à des ajustements. Elle relève que le rapport du 18 avril 2012 omet d'envisager l'insolvabilité de la maison mère, scénario − quand bien même peu probable − qu'une gestion prudente des risques exige dans la mesure où il peut impliquer la perte quasi totale des actifs de la recourante. Quant au choix de la mesure à adopter, l'autorité inférieure qualifie celle consistant à réduire le cumul des risques de conforme aux objectifs de la loi sur la surveillance des assurances. Elle insiste en outre sur le fait que cette mesure a été proposée et acceptée par la recourante elle-même et que celle-ci, invitée à se déterminer sur un projet de décision, n'a pas contesté ce point.

F.

Invitée à répliquer, la recourante a, dans ses écritures du 26 avril 2013, déclaré persister dans ses conclusions. Selon elle, l'autorité inférieure ne peut déduire des dispositions légales qu'elle cite les compétences qu'elle s'est arrogées en la matière. Elle considère que, disposant d'un quotient SST de 293%, soit près de 300% du capital cible, la FINMA n'est habilitée à prendre aucune mesure. Elle reproche à l'autorité inférieure, se référant à son obligation de protéger les assurés, de la traiter comme une société de réassurance couvrant les risques de tiers alors qu'elle n'a comme seule assurée que sa maison mère Y._____ SA. Se penchant sur la documentation produite par la FINMA, de laquelle il ressort que cette dernière a, à diverses reprises, annoncé que le quotient SST s'avérait suffisant, elle déclare que l'autorité ne peut affirmer de bonne foi qu'elle n'a pas confirmé ledit quotient. Par ailleurs, elle relève que le risque d'insolvabilité de la maison mère a été pris en compte. De surcroît, elle rappelle que sa seule raison d'être se veut d'assurer sa maison mère ; à telle enseigne, si celle-ci devait être liquidée, il en adviendrait de même pour X._____. Quant au choix de la mesure, elle affirme que celle qu'elle a proposée et adoptée contre son gré ne correspond en rien à celle imposée par l'autorité inférieure au ch. 8 de la décision dont est recours, exposant que sa proposition ne visait qu'à se plier aux exigences de la FINMA ; le courriel du 26 octobre 2012 contient la proposition de mise en œuvre d'une mesure demandée par la FINMA. En outre, elle déclare que l'autorité inférieure ne motive ni les raisons pour lesquelles elle considère les mesures prises par son conseil d'administration comme inadéquates, ni sa décision de lui imposer des mesures plus strictes. Elle allègue qu'elle n'avait d'autre choix que de proposer un plan de mise en œuvre des paramètres imposés par la FINMA neuf jours avant la date du

transfert de son siège en Suisse. La recourante reproche à l'autorité inférieure une violation de la prohibition de l'arbitraire ainsi qu'un abus de droit, une violation de sa liberté économique et un défaut de motivation.

G.

Dans sa duplique du 17 juin 2013, l'autorité inférieure note qu'indépendamment de l'application du SST, le risque de cumul constitue une question de gestion des risques et doit être mitigé. Par ailleurs, elle indique s'estimer en droit de formuler des exigences adaptées aux particularités des entreprises d'assurance notamment lors de l'attribution de l'agrément conformément aux art. 9 et 22 LSA, 96 OS (RS 961.011) ainsi qu'à la circulaire 2008/44, ajoutant que les dispositions relatives à la solvabilité et à la gestion des risques forment des exigences légales impératives à respecter en permanence même lors de l'octroi de l'agrément. En outre, elle renvoie à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le placement de plus de 90% des actifs auprès d'une seule débitrice viole le principe de la diversification des placements (ATF 132 II 144 consid. 2.4). Se penchant sur la question de la protection des assurés, elle rappelle que le terme d'assuré doit être compris dans son sens le plus large ; elle explique qu'en raison de sa nature, la recourante réassure des sociétés d'assurance tierces (cédantes) qui à leur tour assurent les compagnies du groupe Y._____ dans tous les pays signalés par la recourante ; par voie de conséquence, si Y._____, qui détient plus de 90% de la trésorerie de la recourante tombe en faillite, les sociétés d'assurance (cédantes) risquent de subir un préjudice plus ou moins important de sorte qu'elles ne seraient plus en mesure de faire face à leurs propres obligations. Concernant le grief de motivation insuffisante, elle remarque que cela découle du fait qu'elle ne s'attendait pas à ce que sa décision finale soit contestée étant entendu que tous les points du dispositif ont au préalable fait l'objet d'une discussion entre les parties. Quant au reproche d'un comportement contradictoire, elle considère que les conditions requises à l'application du principe de la bonne foi ne sont pas remplies, déclarant au demeurant avoir informé, suggéré et parfois orienté la recourante notamment sur les démarches à suivre ou les exigences en vue de l'obtention de l'agrément sans toutefois fournir des assurances quant à la délivrance de l'autorisation. Elle reproche à la recourante de n'avoir eu aucune volonté de respecter ses engagements, émettant une réserve dans sa communication du 26 octobre 2012. En ce qui concerne la violation de la liberté économique et le principe de proportionnalité, l'autorité inférieure expose que le ch. 8 du dispositif de la décision attaquée se présente comme un moyen simple et pragmatique d'atteindre l'objectif que les engagements

actuariels additionnés au capital cible avec une marge pour les inexactitudes de calcul dudit capital cible soient couverts par des actifs suffisamment diversifiés.

H.
Dans ses remarques finales du 19 juillet 2013, la recourante déclare persister dans ses conclusions, considérant que les arguments de l'autorité inférieure ne réussissent pas à invalider ses griefs.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 À teneur des art. 31 et 33 let. d LTAF en relation avec l'art. 54 LFINMA (RS 956.1), il est du ressort du Tribunal administratif fédéral de juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA. Or, l'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. a PA. Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître de la présente affaire.

1.2 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et possède un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.3 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.
En procédure contentieuse, l'objet du litige (Streitgegenstand) est défini par trois éléments : l'objet du recours (Anfechtungsobjekt), les conclusions du recours et les motifs de celui-ci. De plus, il correspond à celui de la décision attaquée dans la mesure où il est contesté devant

l'autorité de recours. C'est pourquoi, dans ses conclusions, le recourant ne peut en principe que réduire l'objet du litige – en renonçant à remettre en cause certains points de la décision entreprise – et non pas l'élargir (cf. arrêt du TAF B-255/2011 du 31 janvier 2012 consid. 2.1 non publié à l'ATAF 2012/11). En l'espèce, il convient de souligner que la recourante s'en prend uniquement au ch. 8 du dispositif de la décision entreprise dont elle ne conteste pas les autres éléments. En particulier, la problématique relative à une éventuelle violation de l'art. 680 al. 2 CO ne constitue pas l'objet de la présente procédure, ce que la recourante a au demeurant expressément admis dans son recours. En outre, il appert que le litige ne concerne pas la solvabilité de la recourante sous l'angle des exigences relatives aux fonds propres mais uniquement la gestion des risques.

3.
Dans son recours, la recourante déclare chercher sans succès dans la décision attaquée une justification légale à l'assujettissement à la charge prévue au ch. 8 du dispositif. Dans sa réplique, elle reproche en substance à l'autorité inférieure une violation de l'art. 35 al. 1 PA pour n'avoir indiqué ni dans sa décision ni dans sa réponse les motifs ou le fondement de la mesure contestée ou les raisons pour lesquelles elle considérait que les mesures prises par le conseil d'administration s'avéraient inadéquates et que des mesures plus strictes se justifiaient. Dans ses remarques finales, la recourante maintient sa critique, déclarant que la motivation faisant défaut ne ressort non plus d'aucun document séparé ni de communication orale avec elle, estimant que, des 17 documents cités par la FINMA pour démontrer l'existence d'une motivation suffisante, aucun ne fait mention de cet argumentaire. L'autorité inférieure se défend d'un défaut de motivation, expliquant que la motivation succincte de la décision découle surtout du fait qu'elle ne s'attendait pas à ce que sa décision finale soit contestée, tous les points du dispositif ayant fait l'objet d'une discussion entre les parties.

3.1 Le devoir pour l'autorité de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement, s'il y a lieu, et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle a été déduit de la garantie du droit d'être entendu consacrée à l'art. 29 al. 2 Cst. Cette obligation est définie avant tout par les dispositions spéciales de procédure et, en particulier, par l'art. 35 PA. À teneur de cette norme, les autorités sont tenues de motiver leurs décisions écrites, même lorsqu'elles sont notifiées sous forme de lettre. Bien que cette norme juridique ne fixe pas les limites de cette obligation, la doctrine et la jurisprudence admettent que la

motivation doit porter sur tous les points nécessaires et se prononcer sur tous les arguments pertinents soulevés par les parties ; sont nécessaires et pertinents non pas tous les arguments soulevés, mais seuls ceux qui sont de nature à influer de manière déterminante sur le contenu de la décision de telle sorte que l'intéressé puisse savoir pour quels motifs elle a été prise – et, dès lors, par quels moyens il peut la contester – et que l'autorité de recours puisse statuer en connaissance de cause sur le bien-fondé de la décision attaquée (cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., 2011, p. 348 et 350 et les réf. cit.). L'étendue de la motivation se définit selon les circonstances du cas particulier. Ainsi, l'obligation de motiver est d'autant plus stricte lorsque la décision repose sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité, lorsqu'elle fait appel à des notions juridiques indéterminées, lorsqu'elle porte gravement atteinte à des droits individuels, lorsque l'affaire est particulièrement complexe ou lorsqu'il s'agit d'une dérogation à une règle légale. À l'inverse, sa portée peut, le cas échéant, se voir réduite si l'intéressé connaissait les motifs pour les avoir déjà admis (cf. arrêts du TAF B-3538/2010 du 3 février 2011 consid. 5.3.4 et C-322/2006 du 23 avril 2009 consid. 2.1 et les réf. cit. ; ATF 101 Ia 188 consid. 6a ; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 350 s. et les réf. cit. ; UHLMANN/SCHWANK, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], VwVG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, art. 35 nos 18 et 21 ss).

La violation de l'obligation de motiver, comme composante du droit d'être entendu, est une garantie constitutionnelle de caractère formel dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Conformément à la pratique, demeurent réservées les situations − constituant néanmoins l'exception − dans lesquelles la violation ne s'avère pas particulièrement grave et peut être considérée comme guérie lorsque la partie, dont le droit d'être entendu a été violé, a disposé de la possibilité de se prononcer devant une instance dont la cognition n'est pas limitée par rapport à celle de l'instance inférieure. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est également permis de renoncer au renvoi de l'affaire à l'autorité inférieure même en cas de grave violation du droit d'être entendu, si et dans la mesure où ledit renvoi se révélait formellement superflu et conduisait à un retardement inutile de la procédure incompatible avec les intérêts des parties concernées à l'avancement de la procédure (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1 et les réf. cit. ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., 2013, n. marg. 548).

3.2 En l'espèce, force est de constater que l'autorité inférieure n'a, dans les motifs de sa décision, fourni aucune explication sur le ch. 8 du dispositif de sorte qu'il convient d'admettre que la décision n'est pas motivée sur ce point. Cela étant, il appert que ledit ch. 8 se contente, à l'exception du délai fixé pour sa mise en œuvre, de renvoyer à une proposition émanant de la recourante elle-même, articulée le 26 octobre 2012 et confirmée le 30 octobre suivant. Il est vrai que l'autorité inférieure a elle-même demandé à la recourante de lui soumettre une proposition en vue de la diversification plus importante de ses avoirs ; la recourante n'a cependant pas requis d'explications avant d'y donner suite à telle enseigne qu'il était raisonnablement permis d'admettre qu'elle en connaissait la justification. De surcroît, pourtant invitée le 31 octobre 2012 à se déterminer sur le projet de décision, la recourante n'a émis, dans ses observations du 1er novembre 2012, aucune critique sur le ch. 8 du dispositif ; dans ce contexte, la recourante ne saurait se plaindre du bref délai pour se déterminer puisque son courriel confirmant sa proposition date du 30 octobre 2012, soit la veille, et que sa détermination du 1er novembre 2012 renvoie expressément à son courriel du 26 octobre 2012. Quant au délai au 30 juin 2013 fixé par la FINMA pour la mise en œuvre de la mesure de diversification − seul élément du ch. 8 de la décision n'ayant pas été proposé par la recourante et au demeurant non critiqué par elle −, il faut bien reconnaître qu'il découle de l'ensemble des circonstances de l'affaire et ne prête, sous l'angle de la motivation, pas le flanc à la critique.

3.3 Sur le vu de ce qui précède, indépendamment du point − non pertinent dans le cadre de l'examen de la motivation − de savoir si et dans quelle mesure l'autorité inférieure était en droit de se fonder sur les courriels de la recourante des 26 et 30 octobre 2012 (cf. consid. 7), force est d'admettre qu'elle était légitimée à considérer les raisons justifiant une diversification plus importante des avoirs de la recourante comme connues d'elle à cause précisément de la proposition soumise par celle-ci le 26 octobre 2012 et, partant, à estimer la motivation y relative superflue. En conséquence, la décision ne souffre pas d'un défaut de motivation. Le recours est mal fondé sur ce point. Au demeurant, cette problématique a été abondamment discutée par l'autorité inférieure et la recourante dans le cadre de la présente procédure dont elle fait précisément l'objet. Aussi, quand bien même une violation aurait été constatée, force serait de reconnaître qu'elle ne s'avérerait pas particulièrement grave et qu'elle devrait par conséquent être considérée comme guérie dans le cadre de la présente procédure.

4.

La LSA est entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Elle réglemente la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération et a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 1 et 2 LSA). À teneur de l'art. 2 al. 1 LSA, sont soumises à la surveillance au sens de la loi les entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance (let. a), les entreprises d'assurance ayant leur siège social à l'étranger, pour leurs activités en matière d'assurance en Suisse ou à partir de la Suisse, sous réserve de dispositions contraires de traités internationaux (let. b), les intermédiaires d'assurance (let. c) et les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance (let. d). Toute entreprise d'assurance au sens de l'art. 2 al. 1 let. a et b de la loi soumise à la surveillance doit avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer son activité d'assurance (art. 3 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). Il appartient en principe aux sociétés prétendant à l'agrément de démontrer que les conditions sont satisfaites ; elles supportent le fardeau de la preuve (art. 13 al. 1 let. a PA et 29 LFINMA ; cf. GERSPACHER/STAUFFER VON MAY, in : Hsu/Stupp [éd.], Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz [ci-après : BSK LSA], 2013, art. 6 n° 9). La FINMA, quant à elle, dispose de la compétence d'examiner les conditions de l'agrément et, au terme de ce processus, d'octroyer ou non celui-ci.

En outre, conformément à l'art. 31 LFINMA, lorsqu'un assujetti enfreint la présente loi ou une des lois sur les marchés financiers, ou si d'autres irrégularités sont constatées, la FINMA veille au rétablissement de l'ordre légal. Pour ce qui est du choix de la mesure à adopter dans une situation concrète, l'autorité de surveillance dispose en matière de surveillance des assurances privées d'un très large pouvoir d'appréciation puisqu'elle est habilitée, selon l'art. 51 al. 1 LSA, à prendre les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour sauvegarder les intérêts des assurés (cf. DEGLI UOMINI/GSCHWIND, in : BSK LSA, art. 51 nos 2 et 4 ; voir aussi KATJA ROTH PELLANDA in : Watter/Vogt, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2e éd., Bâle 2011, art. 31 LFINMA n° 10 ; ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). La liste de mesures prévues à l'art. 51 al. 2 LSA se présente de manière non exhaustive (« notamment »), la FINMA pouvant dès lors prendre d'autres mesures que celles énumérées (cf. DEGLI UOMINI/GSCHWIND, in : BSK LSA, art. 51

n° 5), par exemple celles prévues aux art. 31 ss LFINMA (cf. DEGLI UOMINI/GSCHWIND, in : BSK LSA, art. 51 n° 2 ; ROTH PELLANDA, op. cit., art. 31 LFINMA n° 8). L'autorité inférieure se conformera cependant au but de la loi ainsi qu'aux principes généraux régissant toute activité administrative (cf. DEGLI UOMINI/GSCHWIND, in : BSK LSA, art. 51 n° 4) ce qui implique notamment l'interdiction de l'arbitraire, le respect de l'égalité de traitement ainsi que les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (cf. ROTH PELLANDA, op. cit., art. 31 LFINMA n° 11).

5.

La recourante se plaint d'une violation du pouvoir d'appréciation par la FINMA en lui imposant de placer 70% de son capital porteur de risque de CHF (…) auprès de dépositaires tiers et selon des critères qui lui sont propres. Dans sa réplique, elle se dit victime d'une violation de la prohibition de l'arbitraire et d'un abus de droit, reprochant de plus à la FINMA un comportement contradictoire. À cet égard, elle explique qu'elle a mitigé son risque perçu de cumul par décision du 28 septembre 2012. L'autorité inférieure aurait assuré que les conditions de l'octroi de l'agrément seraient satisfaites mais qu'elle pourrait réviser ses exigences à la lueur des conclusions de l'avis de droit sur l'interdiction prévue à l'art. 680 al. 2 CO ; malgré cela, l'autorité inférieure aurait imposé des mesures plus restrictives en violation du principe de la protection de la bonne foi qui interdit aux autorités un comportement contradictoire. Sur ce point, la FINMA explique avoir informé, suggéré et parfois orienté la recourante, notamment sur les démarches à suivre et les exigences en vue de l'obtention de l'agrément, sans toutefois fournir des assurances quant à la délivrance de l'autorisation, ajoutant s'être contentée de prendre note des échéances, déterminées unilatéralement par la recourante dans le cadre de son timeline. Elle considère que seul le comportement de la recourante s'avère contraire au principe de la bonne foi puisque, en émettant une réserve lors de sa communication du 26 octobre 2012, elle n'avait aucune volonté de respecter ses engagements. Dans ses remarques finales, la recourante constate pour sa part que la FINMA ne nie pas lui avoir donné des assurances selon lesquelles elle était satisfaite des mesures de décisions entérinées par son conseil d'administration.

6.

6.1 Le principe du droit à la protection de la bonne foi, valant pour l'ensemble de l'activité étatique (cf. HEINRICH HONSELL, in : Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4e éd., 2010, art. 2 n° 4), donc aussi pour l'activité administrative, est consacré aux art. 5 al. 3 et 9 Cst. Il se présente comme l'un des principes juridiques fondamentaux utilisés lorsqu'il s'agit d'interpréter le droit suisse. Il guide les relations des particuliers entre eux et détermine également les rapports entre l'État et les particuliers (cf. ATF 103 Ia 505 consid. 1 ; message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 136).

6.1.1 La protection de la confiance, comme composante du principe de la bonne foi, vise à préserver la confiance légitime que le citoyen met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (cf. ATF 131 II 627 consid. 6.1, 128 II 112 consid. 10b/aa et les réf. cit. ; arrêt du TF 2A.561/2002 du 11 juillet 2003 consid. 3.2 ; arrêt du TAF A-5453/2009 du 6 avril 2010 consid. 7.1). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire au droit en vigueur, le cas échéant une indemnisation (cf. A-5453/2009 consid. 7.2 et les réf. cit.). Il faut pour ce faire que les conditions suivantes soient remplies cumulativement : le renseignement doit avoir été donné par l'autorité sans réserve ; l'autorité doit être intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; elle doit avoir agi ou est censée avoir agi dans les limites de ses compétences ; l'administré ne doit pas s'être rendu compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; il doit s'être fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice ; la réglementation ne doit pas avoir changé depuis le moment où l'assurance a été donnée et l'intérêt au respect du droit objectif ne doit pas être prépondérant (cf. ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 et les réf. cit.).

6.1.2 L'interdiction du comportement contradictoire, également comprise dans le principe de la bonne foi, postule que l'autorité ne doit pas, par rapport à une même personne, exprimer des opinions divergentes ou se comporter de manière différente dans des affaires semblables. Ce cas de figure ne peut être admis qu'aux conditions précédemment exposées

s'agissant du renseignement erroné, l'existence d'un comportement clairement contradictoire étant requis en lieu et place de celle d'un renseignement donné sans réserve (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions du 26 septembre 1995, in : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 60.81 consid. 3bb et les réf. cit.). Une attitude ambiguë et non clairement contradictoire ne saurait suffire ; dans cette hypothèse, on doit pouvoir attendre de celui envers qui l'autorité s'est comportée de manière équivoque qu'il demande des explications (cf. CLAUDE ROUILLER, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in : Thürer/Aubert/Müller [éd.], Droit constitutionnel suisse, 2001, § 42 p. 688), étant par ailleurs rappelé que l'administré n'est protégé contre les conséquences dommageables que l'attitude de l'autorité a pu causer que s'il est lui-même de bonne foi (cf. infra consid. 7 ; ATF 121 I 177 consid. 2b/aa et la réf. cit.). Elle précise en outre que ce dernier doit en principe émaner de la même autorité (cf. arrêt du TF 2C_879/2008 du 20 avril 2009 consid. 7.2 ; ATF 111 V 81 consid. 6 ; décision du CF du 19 janvier 2005, in : JAAC 69.119 consid. 6). En interdisant un comportement contradictoire et abusif, le principe de la bonne foi impose aux autorités − de même d'ailleurs qu'aux particuliers (art. 5 al. 3 Cst. ; cf. infra consid. 7) − un comportement loyal et digne de confiance dans leurs actes avec autrui (cf. arrêt du TAF A-122/2010 du 24 décembre 2010 consid. 7 et la réf. cit. ; décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions du 3 février 1998, in : JAAC 62.84 consid. 3b ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., 2010, n° 623 ; YVO HANGARTNER, in : Ehrenzeller/Mastronardi/ Schweizer/Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2002, art. 5 n° 39).

6.1.3 De la jurisprudence idoine, il ressort que l'application du principe de la bonne foi ne permet guère de dégager des solutions absolues, valables dans tous les cas. C'est au contraire au vu des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce qu'il y a lieu de déterminer, sur la base de critères objectifs, si les conditions d'application de ce principe sont remplies (cf. arrêt du TAF B-764/2007 du 8 octobre 2008 consid. 4.2 et la réf. cit.).

6.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a, le 11 septembre 2012, fait part de la nécessité de mitiger le risque de cumul avant le transfert. À la suite d'une réunion avec celle-ci en date du 19 septembre 2012 (dont aucun procès-verbal ne figure au dossier), la recourante a, le 27 septembre 2012, proposé à la FINMA une mesure en vue de mitiger le risque de

cumul, soit de déposer USD (…) auprès de banques ayant un rating égal ou supérieur à celui de Y._____ SA. Dans son courriel du 4 octobre 2012, l'autorité inférieure a salué la proposition ; demandant quelques explications à ce sujet, elle a au surplus indiqué que la diversification s'avérait toujours assez basse. Au demeurant, il ressort d'une note interne de la FINMA du 16 octobre 2012 que cette proposition a été formulée en premier lieu lors de la séance du 19 septembre 2012 ; cette note ne donne aucune appréciation quant à la mesure mais précise que la recourante a été informée qu'une diversification plus importante pourrait, le cas échéant, être requise à la suite d'une évaluation juridique indépendante en relation avec la violation de l'interdiction de restituer des versements au sens de l'art. 680 CO. Subséquemment, le 22 octobre 2012, l'autorité inférieure a sollicité de la part de la recourante une nouvelle proposition visant à mitiger davantage le risque de cumul.

Il est symptomatique de constater que l'on ne trouve, dans les pièces produites dans le cadre de la présente procédure, aucune garantie ou assurance donnée formellement et sans réserve par l'autorité inférieure attestant que la mesure proposée le 27 septembre 2012 aurait été jugée suffisante. Tout au plus, l'information livrée à la recourante (mentionnée dans la note du 16 octobre 2012), selon laquelle une diversification plus importante pourrait le cas échéant être requise après les vérifications nécessaires sur la question de la restitution des versements, pouvait s'avérer susceptible de faire naître des attentes légitimes ; en effet, elle laissait éventuellement entendre que la proposition de la recourante était suffisante sous la seule réserve de ce dernier aspect. Ce point souffre cependant de demeurer indécis puisque la recourante n'a pas allégué qu'elle aurait pris des dispositions auxquelles elle ne saurait renoncer sans subir de préjudice (cf. supra consid. 6.1.1) dans le court laps de temps écoulé entre ce moment et la nouvelle demande de diversification de la FINMA du 22 octobre 2012. De plus, en réponse à l'offre de la recourante du 27 septembre 2012, l'autorité inférieure a déclaré que la diversification se situait toujours à un niveau assez bas. Par ailleurs, s'il est exact que le projet de dispositif transmis à la recourante pour détermination le 12 octobre 2012 ne mentionnait pas la question de la diversification des avoirs, la FINMA y précisait toutefois expressément que le projet pouvait ne pas correspondre au dispositif final de la décision. Pour le reste, les documents internes à la FINMA ne se révèlent d'aucun secours pour la recourante attendu que le principe de la confiance présuppose que les assurances aient été adressées personnellement.

On ne saurait non plus déduire du comportement de l'autorité inférieure une contradiction d'une clarté suffisante pour en faire naître un droit. Il est certes vrai que, pourtant informée de l'existence du cash pooling, elle n'a pas mentionné le problème du cumul des risques dans les premiers mois ayant suivi le dépôt de la demande d'agrément ; elle ne s'est pas non plus déterminée de manière claire sur la proposition émanant de la recourante le 27 septembre 2012. Néanmoins, le silence de la FINMA ne saurait être interprété comme une approbation tacite, d'autant plus qu'elle a, le 4 octobre 2012, déclaré que le risque de cumul s'avérait encore trop élevé. Il sied tout au plus de retenir que l'autorité inférieure eût pu communiquer de manière plus transparente ; cela étant, dès lors qu'il appartient à la société candidate à l'agrément de démontrer le respect des conditions y afférentes, il lui incombait, vu ses contacts fréquents avec l'autorité inférieure dans le cadre de la procédure ayant précédé la décision entreprise, de requérir des explications ou des précisions sur d'éventuelles zones d'ombre.

À la lecture des pièces versées au dossier, il n'apparaît pas non plus que l'autorité inférieure aurait donné une garantie sur la date du transfert, que ce soit le 1er novembre 2012 ou les dates antérieures fixées par la recourante, ce qui aurait éventuellement fait naître chez celle-ci de possibles attentes. Au contraire, il appert que l'autorité inférieure a, à réitérées reprises, indiqué à la recourante qu'aucun pronostic ne pouvait être émis ni aucune garantie donnée sur la date du transfert. Elle a notamment déclaré, le 11 janvier 2012, qu'en raison du dossier encore très lacunaire, il était impossible de rendre une décision sur le projet au 1er mars 2012 comme souhaité par la recourante ; le 27 janvier 2012, elle a réaffirmé se trouver dans l'incapacité d'émettre un pronostic ; dans la retranscription du 23 mai 2012 d'un entretien téléphonique avec la recourante, l'autorité inférieure a noté se dire d'accord avec la proposition de la recourante d'un transfert au 1er octobre 2012 tout en ajoutant qu'il n'y avait aucune garantie de son côté que la date pût être respectée ; le 5 juillet 2012, la FINMA a porté à la connaissance de la recourante sa volonté de discuter d'options, comme le report de la relocalisation au 1er janvier 2013 ; le 11 septembre 2012, elle a signalé espérer être en mesure de statuer sur la demande d'agrément au 1er novembre 2012, à condition toutefois que les questions en suspens soient réglées au cours d'une réunion à fixer. Il est vrai qu'elle a, à diverses reprises, manifesté son accord de principe à une suggestion de date de la part de la recourante ; elle a cependant toujours agi ainsi sous réserve de la transmission de documents ou d'informations supplémentaires et sans garantie formelle. Quand bien même lesdites réserves ne portassent pas

(toutes) sur la question de diversification, objet de la présente procédure, elles témoignent clairement du fait que l'examen de la demande n'était pas encore terminé. On ne saurait donc relever non plus de contradiction dans le comportement de l'autorité inférieure quant à un accord sur la date du transfert.

6.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que l'autorité inférieure n'a pas donné de promesse ou adopté un comportement de nature à éveiller, chez la recourante, une attente légitime quant au respect des conditions d'agrément ou à la date du transfert de son siège sur la base de laquelle elle aurait pris des dispositions préjudiciables à ses intérêts. En conséquence, elle ne s'est pas rendue fautive d'une violation du principe de bonne foi. Partant, le grief de la recourante s'avère mal fondé.

7.

Qui plus est, un administré n'est protégé contre les conséquences dommageables que l'attitude de l'autorité a pu causer que s'il est lui-même de bonne foi (cf. ATF 121 I 177 consid. 2b/aa et la réf. cit.). Les relations juridiques entre les administrés et les autorités doivent être gouvernées par une confiance réciproque, la confiance légitime devant être préservée (cf. ATF 103 Ia 505 consid. 1 et la réf. cit.). Aussi, ce principe commande aux administrés, de même qu'aux autorités, un comportement loyal et digne de confiance dans leurs relations juridiques (cf. HANGARTNER, op. cit., art. 5 n° 41 et 43 ; décision de la Commission fédérale de recours en matière de contributions, in : JAAC 62.84 consid. 3a/aa et 3b/aa). À cet égard, de même que l'administré face à l'autorité, celle-ci doit pouvoir, à certaines conditions, tenir pour exactes les déclarations faites par le premier dans le cadre d'une procédure administrative et considérer qu'elle n'aura plus à y revenir par la suite (cf. arrêt du TF 2D_22/2012 du 17 octobre 2012 consid. 6.3.2). Dans cette hypothèse, il convient de tenir compte suffisamment du rapport de subordination existant entre l'administré et l'autorité ainsi que de divers principes constitutionnels (par ex. le principe de la légalité et les libertés fondamentales protégées par la Constitution fédérale) ; aussi, les exigences requises pour considérer que le comportement d'un particulier se révélerait de nature à susciter la confiance de l'autorité et que le premier se trouverait lié à son comportement s'avèrent sensiblement plus élevées que celles applicables aux autorités, l'admission d'une telle situation devant rester l'exception. De la sorte, seuls une déclaration ou un comportement de l'administré clairement adressés à une autorité s'avère susceptible de susciter sa confiance ; la déclaration doit en outre

avoir été faite sans réserve. De même, l'autorité prendra toutes les mesures de clarification que l'on peut attendre d'elle en pareille circonstance en application de la maxime inquisitoire. De surcroît, la relation entre l'administré et l'autorité revêtira une certaine intensité ; si celle-ci ne se laisse pas aisément délimiter, elle doit néanmoins être admise par exemple lorsqu'un administré fournit à une autorité des renseignements, des garanties ou un consentement en vue d'obtenir un acte administratif lui octroyant des avantages ; dans un tel cas de figure, l'administré aura lui-même cherché le contact avec l'administration dans son propre intérêt et fournit des indications de sa propre initiative (cf. arrêt 2D_22/2012 consid. 6.3 ; A-122/2010 consid. 7.1 ; THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, 2005, p. 195 s., 201 et 207).

En l'espèce, dans une procédure qu'elle a elle-même introduite en vue de son agrément par la FINMA pour exercer l'activité de réassurance en Suisse, la recourante a, certes sur recommandation de celle-ci, proposé un plan de mise en œuvre d'une mesure de diversification à laquelle l'autorité inférieure s'est référée dans sa décision, soit de déposer 30% du capital porteur de risque de CHF (…) auprès de sa maison mère Y._____ SA et de placer le solde auprès de trois banques ayant un rating minimal de AA-, étant précisé qu'aucun de ces dépôts ne dépasserait 30% du capital porteur de risque.

Le point de savoir si ce comportement de la recourante, consistant en fin de compte à formuler une proposition de mitigation du cumul des risques dans le seul but d'obtenir l'agrément pour ensuite le contester par la voie du recours, s'avère de nature à la lier voire serait même constitutif d'un abus de droit − et en déterminer alors les conséquences − peut demeurer indécis. En effet, en intégrant cet engagement au dispositif de la décision assorti d'un délai pour s'exécuter, la FINMA l'a érigé de la sorte en une charge que l'entrée en force de la décision rendrait exécutoire au terme dudit délai. Ainsi et indépendamment du comportement cavalier de la recourante avant l'émission de la décision, il convient, dans le cadre de la présente procédure, d'examiner la légalité de ladite charge.

8.

La recourante déclare rechercher sans succès dans la décision attaquée une justification légale à l'imposition de la charge figurant au ch. 8 du dispositif. L'autorité inférieure indique qu'à défaut de diversification, les assurés encourent un risque d'insolvabilité tel que la FINMA ne peut exclure, à ce stade de devoir retirer l'agrément. Elle explique que, selon le principe d'une gestion appropriée des risques, il convient d'écarter les

risques de concentration ou de les réduire dans une mesure acceptable. Elle se réfère aux art. 22 LSA, 96 al. 2 let. e OS en rapport avec l'art. 51 LSA ainsi que la circulaire FINMA 2008/44 cm. 95 par renvoi de l'art. 7 al. 1 let. b LFINMA. Exposant en quoi consiste le SST, elle relève que celui-ci quantifie les différentes catégories de risques, actuariels et de crédit notamment mais qu'il ne quantifie en revanche pas les risques opérationnels − soit le danger de pertes faisant suite à une défaillance des processus internes, des ressources humaines, des systèmes et à la survenance d'évènements extérieurs – ou les cumuls de risques de sorte qu'ils n'ont pas d'influence sur le calcul du capital cible ; aussi, ils doivent être pris en compte séparément par l'entreprise d'assurance dans le cadre de sa gestion des risques et traités sous la forme de scénarios. La FINMA ajoute que selon le principe d'une saine gestion des risques, une entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux (art. 22 al. 1 LSA) ; cela implique qu'elle doit reconnaître et évaluer à temps les risques potentiels et prendre les mesures nécessaires à temps pour empêcher ou couvrir les risques importants et les cumuls de risques (art. 96 al. 1 et 2 let. e OS et circ.-FINMA 08/44 cm. 95). Elle observe que le bilan du SST simulé au 31 décembre 2011 de la recourante fait état d'actifs se montant à environ USD (…) et dont 97%, soit approximativement USD (…), sous forme de liquidités, sont placés auprès d'une seule contrepartie, soit la maison mère du groupe Y._____ ; selon elle, ce risque devrait être examiné de manière plus approfondie, par exemple dans le cadre d'un scénario envisageant l'insolvabilité de la maison mère – même s'il apparaît comme peu probable − puisque celle-ci impliquerait automatiquement celle de la recourante y ayant déposé la quasi-totalité de ses avoirs, ce qui reviendrait à anéantir sa fonction d'assurance. Elle en déduit que diversifier les dépositaires de ses liquidités permettrait en revanche de contrôler et de diminuer ce risque de cumul conformément aux art. 22 LSA et 96 OS.

Dans sa réplique, la recourante s'étonne de l'argumentation de l'autorité inférieure fondée sur la protection des assurés puisque son unique but est d'assurer Y._____, n'étant en vertu de son agrément de captive de réassurance pas autorisée à assurer des tiers ; elle note que la mesure de la FINMA viserait donc à protéger Y._____ contre sa propre insolvabilité, ce qu'elle qualifie de non-sens.

Dans sa duplique, l'autorité inférieure expose qu'afin de garantir la protection des assurés, il faut que les engagements actuariels

(provisions) techniques ainsi que le capital cible soient couverts par des actifs auprès de plusieurs contreparties ; dès lors que les provisions techniques s'élevaient à CHF (…) lors du dernier bilan présenté par la recourante, une répartition des contreparties uniquement sur CHF (…) conduirait, en cas de crise, à une situation où il n'y aurait pas suffisamment de garanties. En outre, elle insiste sur le fait que le terme d'assuré doit être compris dans son sens le plus large de telle sorte que la surveillance doit être exercée en vue de protéger les intérêts des preneurs d'assurance, des assurés dans le sens donné à ce terme par les dispositions relatives au contrat d'assurance, des ayants droit, des lésés (en particulier dans l'assurance responsabilité civile) et même des personnes intéressées par l'assurance ; elle ajoute par ailleurs que l'objectif central de la surveillance des assurances consiste en la protection des assurés contre l'insolvabilité et les abus. Elle souligne que si Y._____ tombe en faillite, les sociétés d'assurances cédantes risquent de subir un préjudice (plus ou moins) important de sorte qu'elles ne seraient plus dans la capacité de faire face à leurs propres obligations.

8.1

8.1.1 À teneur de l'art. 35 LSA, les art. 15, 17 à 20, 32 à 34, 36, 37, 55 à 59 et 62 de la loi ne sont pas applicables aux entreprises d'assurance qui pratiquent uniquement la réassurance (al. 1). Les autres dispositions s'appliquent par analogie (al. 2). Cette application par analogie tend à tenir compte des importantes différences existant entre assurance et réassurance. En particulier, les clients des réassureurs ne se présentent pas comme des assurés au sens de la LSA ayant un besoin spécifique de protection mais sont toujours des professionnels spécialistes des questions d'assurances capables d'apprécier eux-mêmes les risques, leurs besoins, les conditions d'assurance ainsi que la solvabilité du réassureur. Il en découle que la protection des assurés ne se révèle pas le but principal de la surveillance des réassureurs à l'inverse de celle des assureurs (art. 1 al. 2 LSA). Tout au plus, le besoin individuel de protection se manifeste de manière indirecte dans la mesure où la capacité du réassureur à remplir ses obligations contribue à garantir la solvabilité de l'assureur ; dans ce cas, ledit besoin ne justifiera néanmoins que la surveillance indirecte de la réassurance, c'est-à-dire par le biais de la surveillance des cédantes. En outre, l'argument selon lequel la faillite d'un réassureur pourrait présenter un risque de contagion pour l'ensemble du secteur des assurances en raison de l'interdépendance le caractérisant n'apparaît pas suffisant à telle enseigne que la surveillance de la réassurance ne saurait trouver son fondement dans les risques

systémiques de la branche. En effet, rien n'indique que l'insolvabilité d'un réassureur aurait déjà conduit à l'impossibilité d'un assureur de faire face à ses obligations ; cela s'explique par le fait que les créances de réassurance ne constituent en règle générale qu'une petite partie des avoirs de l'assureur et qu'elles se trouvent la plupart du temps réparties sur différents réassureurs. Il s'ensuit que le but réel de la surveillance de la réassurance figure à l'art. 5 LFINMA prévoyant d'assurer le bon fonctionnement des marchés financiers, en l'occurrence celui des assurances. Dans ce contexte, la réassurance se révèle indispensable au bon fonctionnement des marchés de l'assurance puisqu'elle permet une répartition efficace et une diversification des risques à l'intérieur du secteur de l'assurance par le biais de différentes formes de transfert de risque. En conséquence, le but principal de la régulation ainsi que de la surveillance du domaine de la réassurance consiste essentiellement à garantir la capacité de fonctionnement des marchés de l'assurance. Cela présuppose que les réassureurs offrent la garantie d'une activité irréprochable et soient solides financièrement. La protection des assurés, au premier plan dans l'assurance, ne joue donc qu'un rôle secondaire dans la réassurance (cf. ROLF NEBEL, in : BSK LSA, art. 35 n^{os} 1 et 11 ss ; arrêt du TAF B-1161/2013 du 14 janvier 2014 consid. 4.2.2).

Il découle de ce qui précède que la surveillance de la réassurance s'avérera logiquement de moindre intensité que la surveillance des assureurs et que son but restreint interviendra dans le choix d'une éventuelle mesure, en particulier sous l'angle de la proportionnalité. Le fait que la LSA ne s'applique que par analogie aux réassureurs implique une prise en compte des particularités de cette branche. Aussi, une application automatique des principes de surveillance aux réassureurs s'avérerait non conforme à l'art. 35 LSA. Le large pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure ne se déploie qu'à la faveur d'une mesure ou d'une intervention moins restrictives qu'en matière d'assurance. Il est même envisageable que l'autorité renonce totalement à l'application d'une norme qui se référerait spécialement à la protection des assurés. Il s'ensuit que le choix de l'une des mesures de surveillance prévues aux art. 46 (tâches incombant à la FINMA) et 51 LSA (mesures de sûreté) ne saurait être justifié par la protection individuelle ou la mise en danger des intérêts des assurés. Les mesures de sûreté ne pourront être prononcées à l'encontre d'un réassureur qu'en présence d'une violation légale ou de l'imminence de son insolvabilité (cf. NEBEL, in : BSK LSA, art. 35 n^{os} 13, 14, 45 et 64).

8.1.2 Par ailleurs, selon la formule du Tribunal fédéral, il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (cf. ATF 137 V 71 consid. 5.1; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I : Les fondements généraux, 3e éd., 2012, ch. 4.3.2.3 p. 743). En outre, s'agissant du contrôle de l'exercice du pouvoir d'appréciation, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet que, dans les domaines qui requièrent de hautes connaissances techniques, l'autorité de recours fasse preuve de retenue et s'en remette à l'appréciation des autorités spécialisées lesquelles doivent, de par la loi, procéder aux contrôles requérant lesdites connaissances (cf. ATF 108 Ib 196 consid. 1b ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e éd., 2013, n. marg. 2.154).

8.2 En l'espèce, il sied en premier lieu de reconnaître que l'on ne saurait nier l'existence d'un risque lié à la concentration des avoirs de la recourante auprès de sa maison mère quand bien même l'insolvabilité de celle-ci s'avérerait peu probable ; la recourante a d'ailleurs déclaré comprendre que la concentration pouvait se révéler préjudiciable. À cet égard, il appert que la FINMA a suffisamment expliqué que les risques découlant de la concentration des avoirs de la recourante auprès de sa maison mère ne sont pas convenablement pris en compte dans l'examen de la solvabilité dans la mesure où ils n'influencent pas le calcul du capital cible et qu'ils doivent être examinés de manière plus approfondie ; la recourante a du reste expressément reconnu que le SST ne quantifie pas les risques opérationnels tels les cumuls de risques de sorte que ceux-ci doivent être pris en compte séparément par l'entreprise d'assurance. Cet aspect ne prête pas le flanc à la critique. S'agissant en revanche de l'appréciation de la portée de ces risques ainsi que du choix de la mesure, la FINMA s'est fondée sur la nécessité de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus ainsi que ce but ressort expressément de l'art. 1 al. 2 LSA. Or, conformément à ce qui a été exposé plus haut (cf. supra consid. 8.1.1), ni la protection des assurés ni celle des cédantes − que l'on inclurait dans une interprétation large de la notion d'assurés − ne jouent un rôle déterminant en matière de surveillance de la réassurance. Une intervention de l'autorité de surveillance dans ce domaine trouve son fondement dans le fonctionnement général du marché des assurances

(art. 5 LFINMA) et devra intégrer les spécificités du domaine. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation (cf. supra consid. 4 et 8.1.2), l'autorité inférieure n'a pourtant pas tenu compte − outre la protection des assurés non décisive en la matière – des particularités inhérentes au système de la réassurance et, a fortiori, de la réassurance par captives ; elle n'a au contraire retenu que des éléments secondaires perdant ainsi de vue que le but particulier de ce type de surveillance conduit à une application par analogie et non automatique de la LSA (art. 35 al. 2 LSA). Il lui appartenait notamment, en se fondant sur la structure et l'organisation de la recourante ainsi que sur son importance dans le secteur, de démontrer en quoi la concentration de ses avoirs auprès de sa maison mère ou son éventuelle insolvabilité mettait en péril la capacité de fonctionnement des marchés de l'assurance. Elle devait également tenir compte de ces éléments dans le choix de la mesure, entre autres sous l'angle de la proportionnalité.

8.3 Il découle de l'ensemble de ce qui précède que la FINMA s'est fondée sur le but − certes également visé mais de manière secondaire − de la protection des assurés pour apprécier le risque de concentration ainsi que choisir la charge propre à l'écarter. Elle n'a en revanche nullement pris en compte les particularités du système de la réassurance, de son but spécifique ne requérant précisément qu'une surveillance réduite ou de la qualité de captive de la recourante. En conséquence, force est de constater que le ch. 8 du dispositif de la décision entreprise repose sur des considérations non décisives voire étrangères au but visé par la loi, traduisant de la sorte un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure.

9.
Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il appert que le ch. 8 du dispositif de la décision entreprise a été motivé par des éléments non pertinents. En conséquence, il y a lieu de constater que, traduisant un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité, il viole le droit fédéral (art. 49 let. a PA), quand bien même il pourrait s'avérer justifié sur la base de considérations adéquates.

En matière de surveillance des assurances privées, il est constant que les exigences légales doivent être respectées non seulement au moment de l'octroi de l'agrément (art. 6 al. 1 LSA) mais également en tout temps aussi longtemps que dure l'activité soumise à la surveillance ; l'autorité inférieure dispose de la compétence d'y veiller (art. 31 LFINMA et art. 46 LSA) et de prendre les mesures adéquates (art. 51 LSA et

art. 31 ss LFINMA). Aussi, eu égard à ces considérations et indépendamment de l'existence non contestée d'un risque de concentration toujours susceptible de conduire à la charge critiquée (pour autant qu'elle repose sur des motifs pertinents et satisfasse à l'ensemble des autres exigences, notamment de proportionnalité), il se justifie d'annuler purement et simplement le ch. 8 du dispositif de la décision entreprise. En conséquence, le recours doit être admis.

10.

10.1 Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1, 1ère phrase, et 4 FITAF). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

Vu l'issue de la procédure, il n'y a pas lieu de percevoir des frais de procédure. L'avance sur les frais de 5'000 versée par la recourante le 9 janvier 2013 lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

10.2 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Lorsqu'elle n'obtient que partiellement gain de cause, les dépens auxquels elle peut prétendre sont réduits en proportion (art. 7 al. 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au Tribunal, avant le prononcé, un décompte détaillé de leurs prestations, à défaut duquel le Tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 1 et 2 FITAF).

En l'espèce, la défense de la recourante a nécessité les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet et a impliqué plusieurs échanges d'écritures. Aucun décompte n'a été transmis au Tribunal de céans. En tenant compte du barème précité et de l'issue du recours, une indemnité fixée à 19'000 francs, TVA comprise, est équitablement allouée à la recourante à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis.

2.
Partant, le ch. 8 du dispositif de la décision entreprise est annulé.

3.
Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance sur les frais de 5'000 francs versée par la recourante lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.
Un montant de 19'000 francs (TVA comprise) à titre de dépens est alloué à la recourante et mis à la charge de la FINMA.

5.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (acte judiciaire ; formulaire "adresse de paiement") ;
– à l'autorité inférieure (acte judiciaire).

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :	La greffière :
Jean-Luc Baechler	Fabienne Masson

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 4 novembre 2014