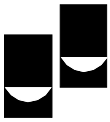
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-2808/2009
{T 0/2}

Arrêt du 25 mars 2010

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Eva Schneeberger, Ronald Flury, juges,
Pascal Richard, greffier.

Parties

X._____ SA,
représentée par Maître Christian Luscher, avocat,
recourante,

contre

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA,
Einsteinstrasse 2, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Exercice d'une activité d'entreprise d'assurance.

Faits :

A.
X._____ SA est une société inscrite au registre du commerce du canton de A._____ ayant pour but de mettre en place et favoriser les cautionnements des loyers, à la demande du locataire, en faveur de leur bailleur.

Ayant constaté que X._____ SA proposait par l'intermédiaire de son site Internet la conclusion de contrats d'assurance-cautionnement, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) l'a informée par courrier du 15 octobre 2007, qu'elle exerçait une activité en matière d'assurance sujette à agrément et lui a proposé plusieurs solutions lui permettant de rendre conforme dite activité avec la législation en matière de surveillance des assurances.

Par courrier du 30 janvier 2008, X._____ SA a contesté être soumise à la surveillance de l'OFAP. À cet égard, elle a indiqué qu'il n'existait pas de risque assuré dès lors que l'événement couvert ne s'avérait ni incertain ni indépendant de la volonté du locataire. Elle a en outre précisé qu'elle ne fournissait aucune prestation puisque le service rendu n'était pas subordonné à la survenance d'un événement et que toute somme versée par X._____ SA était ensuite réclamée au locataire. Elle a enfin argué que l'opération ne pouvait être qualifiée d'indépendante en raison de son lien intrinsèque avec le contrat de bail. Elle a en conséquence estimé que les contrats passés devaient être qualifiés de cautionnement simple et de reprise de dette.

Par courrier du 1er avril 2008, l'OFAP a requis de X._____ SA qu'elle prenne position quant aux solutions permettant de conformer ses activités à la législation en matière de surveillance des assurances. Dans l'hypothèse où X._____ SA contesterait toujours son assujettissement, l'OFAP l'a informée qu'elle rendrait une décision formelle.

En date du 14 mai 2008, X._____ SA a fait part à l'OFAP de son intention, en vue de se conformer aux exigences légales en matière d'assurance, de s'engager vers une solution de partenariat avec une assurance, n'excluant toutefois pas de manière définitive la possibilité d'obtenir pour elle-même un agrément en qualité d'assurance. L'OFAP lui a dès lors imparti un délai pour qu'elle indique l'entreprise

d'assurance retenue pour un partenariat ainsi que l'état des négociations y relatives. L'office a en outre requis de X._____ SA de lui transmettre des informations relatives à sa situation financière ainsi qu'aux sécurités supplémentaires pour les contrats existants. Celle-ci s'est exécutée par courrier du 30 juin 2008. S'agissant des garanties supplémentaires pour les contrats existants, elle a proposé un cautionnement simple à hauteur de Fr. 250'000.- de la part de ses actionnaires. L'autorité de surveillance a requis le virement de la somme du cautionnement sur un compte séparé et libellé en conséquence auprès d'une banque suisse. Le 29 août 2008, la Banque Y._____ a fait parvenir à l'OFAP une attestation de blocage de la somme de Fr. 250'000.-.

À la suite de divers échanges de courriers quant aux négociations en cours en vue d'un partenariat avec une entreprise d'assurance, X._____ SA a transmis, en date du 12 septembre 2008, une offre de contrat d'une assurance avec laquelle elle entendait se lier, précisant que les conditions générales de la police d'assurance n'étaient pas encore disponibles. Jugeant le projet de contrat trop rudimentaire, l'autorité de surveillance indiqua qu'elle ne pouvait se prononcer de manière définitive par courrier du 16 octobre 2008. En outre, elle a mis en garde X._____ SA sur la nécessité de disposer d'un contrat avec une entreprise d'assurance remplissant les exigences légales d'ici le 1er janvier 2009 faute de quoi elle serait contrainte de prendre des mesures en vue de rétablir une situation conforme au droit.

Le 15 décembre 2008, X._____ SA a requis une prolongation du délai imparti en vue de la production d'un contrat de partenariat avec une entreprise d'assurance au 31 mars 2009 et, dans l'intervalle, a proposé le doublement de la somme garantie consignée auprès de Y._____. Par courriel du 15 janvier 2009, elle a indiqué à l'autorité inférieure qu'elle avait accepté, dans son principe, l'offre d'une entreprise d'assurance et qu'elle la tiendrait régulièrement informée de la suite de événements.

Par courrier du 19 janvier 2009, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) ayant succédé à l'OFAP a transmis à X._____ SA un projet de décision d'assujettissement pour détermination. Celle-ci a contesté, par écritures du 29 janvier 2009, être soumise à la surveillance de la FINMA, malgré les négociations entreprises, et s'est opposée à l'interdiction de contracter contenue

dans le projet de décision.

Le 20 février 2009, X._____ SA a fait parvenir une offre de Z._____ pour approbation à la FINMA puis, le 25 mars 2009, elle a annoncé la conclusion imminente d'un contrat prenant effet au 15 avril 2009. À la demande de l'autorité de surveillance, X._____ SA a produit, le 9 avril 2009, un contrat avec Z._____ dont le nom n'était cependant pas indiqué sur la police. Elle a toutefois contesté la nécessité de conclure un tel contrat et indiqué ne s'être conformée aux injonctions de l'autorité de surveillance que dans le seul but de démontrer sa bonne foi et son esprit de collaboration.

B.
Par décision du 27 avril 2009, la FINMA a constaté que X._____ SA exerçait une activité en matière d'assurance en violation de la loi sur la surveillance des assurances et a prononcé sa dissolution ainsi que sa liquidation. À titre de mesures provisoires immédiatement exécutoires, elle a interdit à X._____ SA d'exercer une activité d'entreprise d'assurance ainsi que de faire de la publicité y relative. Également à titre de mesures provisoires immédiatement exécutoires, elle a nommé deux chargés d'enquête qu'elle a autorisés à agir en lieu et place des organes de la société, l'ensemble des comptes de cette dernière ayant été dans le même temps bloqué. Les chargés d'enquête ont en outre été chargés de veiller à ce que X._____ SA ne conclue pas de nouveaux contrats, d'autoriser tous les actes juridiques de la société ainsi que de prendre toutes les mesures conservatoires nécessaires.

C.
Par mémoire du 30 avril 2009, X._____ SA a formé recours contre dite décision et a conclu à son annulation. À titre de mesure provisionnelle urgente, elle a requis que l'effet suspensif soit accordé à son recours.

À l'appui de ses conclusions, la recourante se plaint d'une constatation inexacte des faits dès lors que la FINMA n'a pas fait état du courrier du 20 février 2009 – par lequel elle a transmis une offre de l'assurance Z._____ et requis de l'autorité inférieure qu'elle donne son approbation – ni de son refus de vérifier si les offres soumises pouvaient être approuvées. Elle conteste également toujours que son activité soit soumise à la surveillance de la FINMA puisqu'elle n'exerce aucune activité d'assurance. À cet égard, elle se prévaut qu'elle

n'assure aucun risque dans la mesure où la garantie qu'elle peut être amenée à fournir ne dépend pas d'un événement incertain indépendant de la volonté du locataire, la libération de la garantie nécessitant soit l'accord de celui-ci, soit une décision judiciaire constatant une violation fautive de ses obligations. En outre, elle argue que le contrat qu'elle propose ne constitue pas une opération indépendante mais présente un caractère accessoire par rapport au contrat de bail dont il ne peut être dissocié. La recourante estime dès lors qu'il convient de qualifier les contrats proposés de cautionnement par rapport au bailleur et de reprise cumulative de dette par rapport au vendeur. Par ailleurs, elle allègue qu'elle ne fournit pas de prestations puisque son service de garantie n'est pas subordonné à la survenance d'un événement, l'attestation de garantie étant délivrée dès la conclusion du contrat. De plus, si la recourante est amenée a s'acquitter de la somme garantie, elle exerce systématiquement son droit de recours contre le locataire. Elle invoque ensuite ne pas compenser les risques selon les lois du grand nombre, les cotisations des clients ne servant pas à couvrir les montants versés aux bailleurs – ceux-ci étant remboursés par les locataires – mais uniquement les frais de fonctionnement courants. Enfin, elle fait valoir que les contrats qu'elle propose ne contiennent aucun élément significatif de la législation sur le contrat d'assurance puisqu'il n'est prévu ni réticence, ni durée maximale, ni suspension des prestations, ni couverture provisoire. Subsidiairement, elle indique que, dans l'hypothèse où elle serait assujettie à la législation relative à la surveillance en matière d'assurance, le contrat conclu avec Z._____ serait à même de conformer ses activités aux exigences légales et que, si par impossible, tel ne devait pas être le cas, l'autorité inférieure aurait dû lui impartir un délai pour remédier au défaut au lieu de prononcer sa liquidation. La recourante invoque également que l'autorité inférieure aurait agi de manière contraire aux principes de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire puisqu'elle n'a pas examiné les offres de contrats qu'elle lui a soumises. Par ailleurs, elle allègue une violation de sa liberté économique vu que la mesure retenue par la FINMA poursuit un intérêt public qui n'est pas menacé et se révèle disproportionnée. Enfin, la recourante se plaint d'une violation du droit d'être entendu dans la mesure où le projet de décision qui lui a été soumis ne contenait pas toutes les mesures finalement retenues dans la décision entreprise.

D.
Par décision incidente du 4 mai 2009, le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif à titre de mesure provisionnelle urgente et invité l'autorité à se déterminer avant de statuer sur dite requête à titre de mesure provisionnelle.

E.
Dans sa détermination du 20 mai 2009, l'autorité inférieure a conclu au rejet de la demande de restitution de l'effet suspensif. La recourante a, quant à elle, confirmé l'intégralité de ses conclusions par courrier du 27 mai 2009.

F.
Le Tribunal administratif fédéral a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif s'agissant des mesures provisoires immédiatement exécutoires par décision incidente du 4 juin 2009. Quant aux autres points du dispositif de la décision attaquée, exécutoires au 1er août 2009, ledit Tribunal a annoncé qu'il statuerait après avoir pris connaissance de la réponse de l'autorité inférieure sur les questions de fond.

G.
Par courrier du 25 juin 2009, l'autorité inférieure a requis la restitution du délai qui lui avait été imparti au 22 juin 2009 pour déposer sa réponse.

H.
Le Tribunal administratif fédéral a imparti, par ordonnance du 29 juin 2009, un nouveau délai à l'autorité inférieure pour se déterminer sur les griefs de la recourante, précisant qu'il apprécierait librement les allégués tardifs qu'elle contiendrait. La recourante a en outre été invitée à informer ledit Tribunal sur l'avancement des pourparlers en vue d'une prise en charge par une entreprise d'assurance agréée des risques liés à ses activités.

I.
Par courrier du 9 juillet 2009, la recourante a indiqué au Tribunal administratif fédéral que les discussions entreprises avec W._____ étaient en bonne voie d'aboutir à la conclusion d'un contrat.

J.
Dans sa réponse du 10 juillet 2009, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours avec suite de frais et dépens. Cela étant, elle indique que, dans l'hypothèse où la recourante passe un contrat satisfaisant aux exigences légales avec W._____, elle se propose d'annuler les mesures tendant à la dissolution ainsi qu'à la liquidation de la recourante.

K.
Par décision incidente du 28 juillet 2009, le Tribunal administratif fédéral a restitué l'effet suspensif au recours concernant les mesures tendant à la dissolution ainsi qu'à la liquidation de la recourante.

L.
En date du 12 août 2009, la FINMA a rendu une nouvelle décision prenant acte du contrat passé entre la recourante et W._____ annulant les chiffres 2 à 7 de sa décision du 27 avril 2009 concernant la dissolution ainsi que la liquidation de la recourante. Les frais de procédure relatifs à la décision du 27 avril 2009 ainsi que les frais et honoraires des chargés d'enquête ont été mis à la charge de la recourante. Le 13 août 2009, l'autorité inférieure a déclaré cette nouvelle décision, à l'exclusion de la question des frais de procédure et d'enquête, immédiatement exécutoire.

M.
Par courrier du 18 septembre 2009, la recourante a requis du Tribunal administratif fédéral qu'il statue sur son recours dès lors que la constatation d'exercice d'une activité en matière d'assurance en violation de la loi sur la surveillance des assurances n'a pas été annulée. Elle a pour le reste modifié ses conclusions en conséquence.

N.
Invitée à se déterminer, l'autorité inférieure a confirmé la constatation contenue dans la décision entreprise et maintenu sa conclusion de rejet du recours par écritures du 22 octobre 2009.

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 (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.1 À teneur des art. 31 et 33 let. d de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) en relation avec l'art. 54 de la loi fédérale du 22 juin 2007 sur l'Autorité de surveillance des marchés financiers (LFINMA, RS 956.1), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par la FINMA.

L'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. b de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021).

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 a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui leur 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.
À titre liminaire, il convient de circonscrire l'objet du litige. En effet, vu que l'autorité inférieure a annulé l'ensemble des mesures tendant à la dissolution ainsi qu'à la liquidation de la recourante par décision du 12 août 2009, seule la constatation de l'exercice d'une activité d'assurance en violation de la législation en matière de surveillance des assurances par la recourante se révèle encore litigieuse. En conséquence, la présente procédure de recours vise à déterminer si les activités de la recourante consistent en des prestations

d'assurance au sens de la LSA assujetties à la surveillance de la FINMA. Il n'y a cependant pas lieu d'examiner si le contrat que la recourante entendait conclure avec Z._____ était suffisant pour satisfaire aux exigences légales en matière de surveillance des assurances. En effet, dit contrat n'a jamais produit d'effets et a perdu toute actualité si bien qu'il n'est pas de nature à influer sur la constatation contenue au chiffre 1 du dispositif de la décision attaquée.

3.
La LFINMA est entrée intégralement en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi vise à regrouper la surveillance étatique des banques, des entreprises d'assurance et des autres intermédiaires financiers au sein d'une seule autorité de surveillance afin notamment de renforcer le contrôle sur les marchés financiers. Ainsi, la CFB, l'Office fédéral des assurances privées et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par la FINMA dès le 1er janvier 2009 (art. 58 al. 1 LFINMA).

La LFINMA a, entre autres, modifié partiellement la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (LSA, RS 961.01). Il se pose dès lors la question du droit applicable à la présente procédure. Selon les principes généraux du droit, l'ancien droit reste applicable en procédure de recours si la décision attaquée a pour objet les conséquences juridiques d'un comportement ou d'un événement passés (ATF 133 III 105 consid. 2, ATF 119 Ib 103 consid. 5). En revanche, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes (ATF 130 V 1 consid. 3.2). Le législateur peut toutefois prévoir des dispositions transitoires dérogeant aux principes précités (ATF 107 Ib 133 consid. 2b ; cf. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 2e éd., Berne 1994, p. 176 s.), tel n'est toutefois pas le cas dans la présente cause.

En l'espèce, la décision attaquée a pour objet la constatation d'une violation par la recourante de normes juridiques relatives à la surveillance des assurances. La décision attaquée doit, par conséquent, être examinée à la lumière des dispositions en vigueur au moment où les activités en cause ont été accomplies, à savoir celles de la LSA dans leur teneur jusqu'à la fin avril 2009.

Dites activités ont donc été exercées aussi bien sous l'ancien que sous le nouveau droit. Cela étant, dans la mesure où les art. 1 et 2 al. 1 LSA n'ont pas été modifiés, la détermination du droit applicable n'a aucune incidence pour le cas d'espèce.

4.
S'agissant de la réponse tardive déposée par la FINMA, il sied de relever que, en vertu de l'art. 32 al. 1 PA, l'autorité doit apprécier tous les allégués importants qu'une partie a avancé en temps utile. L'al. 2 prévoit qu'elle peut prendre en considération des allégués tardifs s'ils paraissent décisifs. Si l'autorité tient compte des allégués d'une écriture tardive, elle doit offrir la possibilité de se déterminer à la partie adverse (cf. ANDRE MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, p. 125).

En l'espèce, la réponse tardive de l'autorité inférieure du 10 juillet 2009 ne contient pas de nouveaux allégués mais reprend pour l'essentiel les arguments juridiques développés dans la décision attaquée. Pour le reste, elle répond aux griefs formulés par la recourante dans son mémoire de recours en se fondant sur les éléments du dossier.

Dans ces circonstances, la réponse du 10 juillet 2009 n'apparaît pas décisive pour le sort du présent litige dès lors qu'elle n'apporte aucun élément nouveau quant à la constatation d'exercice d'une activité d'assurance par la recourante en violation de la loi y relative. En conséquence, point n'est besoin de déterminer s'il convient d'en tenir compte.

5.
La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue motif pris que le projet de décision qui lui a été soumis ne contenait pas toutes les mesures finalement retenues dans la décision entreprise. Comme il s'agit d'un grief de nature formelle, il convient de l'examiner en premier lieu.

5.1 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir

des preuves quant aux faits de nature à influer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier et celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 132 V 368 consid. 3.1). En effet, le droit d'être entendu est à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de décisions qui portent atteinte à sa situation juridique (ATF 122 I 53 consid. 4a, ATF 122 I 109 consid. 2a, ATF 114 Ia 97 consid. 2a et les réf. cit.).

5.2 En l'espèce, la recourante a été invitée à se déterminer sur un projet de décision d'assujettissement ne contenant pas toutes les mesures finalement retenues par l'autorité inférieure dans la décision entreprise. Nonobstant, ledit projet constate que la recourante exerce une activité d'assurance sans agrément et annonce l'intention de l'autorité inférieure de prendre des dispositions en vue de remédier à cette situation contraire au droit. Dans ses écritures du 29 janvier 2009, la recourante a contesté être soumise à la surveillance de la FINMA, malgré les négociations entreprises, et s'est opposée à l'interdiction de contracter contenue dans le projet de décision. Elle a ainsi eu l'occasion de se déterminer sur la question de l'assujettissement ainsi que sur la nécessité d'éventuelles mesures de rétablissement de l'ordre légal. Dans ces circonstances, nul n'était besoin pour l'autorité inférieure d'indiquer précisément quelles mesures elle entendait prendre. Ainsi, force est de constater que la recourante a eu l'opportunité de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. En conséquence, il faut admettre que la décision attaquée ne viole pas le droit d'être entendu de la recourante.

Mal fondé, le recours doit être rejeté sur ce point.

6.

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 let. a LSA, les entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance sont soumises à la surveillance au sens de la loi et doivent avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer leur

activité d'assurance. Ni la LSA, ni la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA, RS 221.229.1) ne donnent cependant une définition de l'assurance. Pour déterminer les opérations soumises à la surveillance de la Confédération, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral a posé que la notion d'assurance supposait la réunion de cinq éléments caractéristiques : l'existence d'un risque, la prestation de l'assuré consistant en le paiement d'une prime, la prestation d'assurance, le caractère autonome de l'opération (qui distingue le contrat d'assurance d'autres actes juridiques où l'obligation de prester en cas de réalisation d'un risque apparaît comme un accessoire ou une simple modalité de l'autre partie du contrat) et la compensation des risques sur la base des données de la statistique (ATF 114 Ib 244 consid. 4a, ATF 107 Ib 54 consid. 1b, ATF 76 I 362 consid. 3, ATF 58 I 256 consid. 2, arrêt du TF 2C_506/2007 du 13 février 2008 consid. 6.2, arrêt du TF 4P.52/2000 du 29 juin 2000 consid. 3a/bb). Ces caractéristiques que doit présenter un contrat d'assurance au sens où l'entend la LCA sont approuvées par la doctrine (cf. HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, tome I, 2ème éd., Berne 1968, p. 13 ss ; WILLY KOENIG, Der Versicherungsvertrag, Traité de droit privé suisse, VII/2, Bâle, Stuttgart 1979, p. 491 et la note 5; MORITZ KUHN/LUKA MÜLLER-STUDER/MARTIN ECKERT, Privatversicherungsrecht, 2ème éd., Zurich 2002, p. 54 ; MORITZ KUHN/PASCAL MONTAVON, Droit des assurances privées, Lausanne 1994, p. 32 ; GERHARD STOESSEL in : HONSELL/VOGT/SCHNYDER [édit.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Bâle, Genève, Munich 2001, Allgemeine Einleitung, n. 2 ss et les réf. ; ROLF WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Berne 2006, p. 54 ; ANDREAS BURKI/PETER PFUND/JÜRG WALDMEIER in : JÜRG WALDMEIER [édit.], Versicherungsaufsicht, Zurich, Bâle, Genève 2007, p. 46 s. ; VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Berne 2008, p. 39 ; plus réservé sur le critère de la prestation de l'assuré, ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3e éd., Berne 1995, p. 94 et 185 s.).

7.

Le recourante conteste que ses activités satisfassent à la définition jurisprudentielle de l'assurance faute de réunir les cinq éléments caractéristiques requis.

7.1 S'agissant de l'existence d'un risque, la recourante signale qu'elle n'assure pas un risque dans la mesure où la garantie qu'elle peut être amenée à fournir ne dépend pas d'un événement incertain indépendant de la volonté du locataire, la libération de la garantie nécessitant soit l'accord de celui-ci, soit une décision judiciaire constatant une violation fautive de ses obligations.

Le risque est défini par la jurisprudence comme un événement dont la réalisation est à la fois possible et incertaine (incertus an ou incertus quando), l'élément aléatoire étant déterminant (ATF 92 I 126 consid. 4 ; cf. STOESSEL, op. cit., Allgemeine Einleitung, n° 6 et les réf. cit. ; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 13 s. ; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 54 s.).

En l'espèce, la recourante s'engage à garantir toutes les prestations du locataire à l'encontre du bailleur résultant du contrat de bail à concurrence d'une limite maximale déterminée par la garantie de loyer. L'événement entraînant l'intervention de la recourante consiste ainsi en l'obligation du locataire de libérer les sûretés fournies en garantie lors de la conclusion du contrat de bail. Cette obligation naît de l'inexécution par le locataire des obligations découlant dudit contrat. Le paiement de la garantie n'intervient cependant que en cas d'accord entre le bailleur et le locataire où en vertu d'une décision judiciaire définitive et exécutoire (cf. art. 1 et 7 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA).

Aussi, force est de constater que, lors de la conclusion du contrat, l'obligation du locataire de libérer les sûretés constitue un événement incertain aussi bien quant à sa survenance qu'à son échéance. Il s'agit dès lors effectivement d'un risque au sens de la jurisprudence que le locataire entend transmettre à la recourante. Le fait que le locataire puisse influer sur la survenance de l'événement incertain ne permet pas de nier l'existence d'un risque. En effet, ce cas de figure s'avère bien connu du droit des assurances ; ces conséquences sont notamment réglementées à l'art. 14 LCA. Par conséquent, il sied de reconnaître l'existence d'un risque dans le cas relevant du présent litige.

7.2 La prime consiste en la rémunération de la prestation d'assurance. En l'espèce, la recourante ne conteste pas que les versements auxquels sont astreints ses clients présentent les caractéristiques

d'une prime au sens du droit de la surveillance des assurances privées.

7.3 La recourante allègue cependant qu'elle ne fournit pas de prestation puisque son service de garantie n'est pas subordonné à la survenance d'un événement, l'attestation de garantie étant délivrée dès la conclusion du contrat. Elle ajoute que, si elle est amenée à s'acquitter de la somme garantie, elle exerce systématiquement son droit de recours contre le locataire.

La prestation de l'assureur est subordonnée à la condition de la survenance de l'événement assuré. Cette prestation est le plus souvent assurée en espèce mais peut l'être également en nature ou consister dans la prestation de services (ATF 92 I 126 consid. 5 ; Décision du Département fédéral de justice et de police du 9 février 1980, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 44 n °97). Elle comprend en premier lieu la reprise du risque puis, en second lieu, l'apport de la prestation convenue lors de la survenance de l'événement assuré pour lequel l'assureur s'oblige juridiquement (cf. STOESSEL, op. cit., Allgemeine Einleitung, n° 7 ss et les réf. cit. ; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 16 s. ; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 56).

En l'espèce, la recourante s'engage à payer, dans le cadre du contrat de bail et dans la limite maximale de la garantie de loyer indiquée sur l'attestation de cautionnement, toute dette contractée par le locataire envers le bailleur (cf. art. 1 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA). Cela signifie que l'intervention de la recourante est subordonnée à la survenance d'un événement, à savoir l'inexécution par le locataire des obligations découlant du contrat de bail. La recourante reprend de la sorte le risque encouru par le locataire et s'engage, une fois le risque survenu et de manière illimitée, à apporter la prestation convenue, soit le versement du montant de toute dette du locataire à concurrence de la garantie de loyer. L'attestation de garantie délivrée dès la conclusion du contrat ne fait que confirmer la reprise de risque par la recourante ainsi que son engagement à verser la prestation le moment venu.

La recourante fournit donc bien une prestation d'assurance. Au demeurant, la qualification de prestation ne saurait être niée du fait que la recourante se retourne systématiquement contre le locataire

pour lequel elle s'est acquittée de la somme garantie. En effet, elle n'est nullement assurée de récupérer la somme versée au bailleur ; c'est d'ailleurs pour cette raison que bailleurs et locataires ont recours à ses services. Dans ces circonstances, il faut admettre que les services offerts par la recourante constituent des prestations d'assurance.

7.4 X._____ SA argue également que le contrat proposé ne constitue pas une opération indépendante mais présente un caractère accessoire par rapport au contrat de bail dont il ne peut être dissocié.

Le caractère autonome de l'opération délimite l'assurance par rapport à d'autres transactions juridiques pour lesquelles l'obligation d'offrir une prestation représente uniquement une convention accessoire ou consiste en une modalité d'une autre partie du contrat. Il peut également être reconnu lorsque la prestation d'assurance est liée à un autre rapport juridique ; en effet, dans des rapports juridiques complexes, une opération d'assurance peut être qualifiée d'autonome quand elle revêt une importance telle qu'il convient de la considérer comme la prestation principale des relations contractuelles (ATF 114 Ib 244 consid. 4c, ATF 107 Ib 54 consid. 4, arrêt du TF 4P.52/2000 du 29 juin 2000 consid. 3a)dd) ; cf. STOESSEL, op. cit., Allgemeine Einleitung, n° 9 ss et les réf. cit. ; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 20 s. ; KUHN/MONTAVON, op. cit. , p. 124 ss ; MAURER, op. cit., p. 95 ; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 56 s.).

En l'espèce, la recourante offre à des locataires de conclure un contrat tendant à couvrir les éventuelles prétentions de leur bailleur résultant du contrat de bail à concurrence d'une somme maximale préalablement établie. Ces contrats n'ont pas d'autres buts ni d'autres objets. Ils ne sauraient dès lors représenter une convention accessoire ou une modalité d'un autre contrat. En effet, le contrat de bail ne constitue pas un contrat principal par rapport au contrat que passe la recourante avec un locataire puisqu'il est conclu entre ce dernier et le bailleur, la recourante n'étant pas partie prenante dans cette relation contractuelle. Le fait que le rapport liant la recourante à ses clients soit subordonné à l'existence d'un contrat de bail liant ces derniers n'est pas déterminant in casu. En effet, il s'agit simplement d'une condition préalable à la relation contractuelle inhérente au genre de prestations fournies par la recourante, soit la garantie de loyer.

Sur le vu de ce qui précède, le caractère autonome de l'opération d'assurance dans les contrats offerts par la recourante doit être reconnu.

7.5 Enfin, la recourante invoque ne pas compenser les risques selon les lois du grand nombre, les cotisations des clients ne servant pas à couvrir les montants versés aux bailleurs – ceux-ci étant remboursés par les locataires – mais uniquement les frais de fonctionnement courants.

La compensation des risques selon les lois de la statistique et du grand nombre doit déjà être admise lorsque les recettes totales s'avèrent adaptées aux dépenses totales de manière que celles-là couvrent celles-ci en laissant une marge suffisante. Il n'est pas nécessaire, pour satisfaire à cette condition, que l'exploitation soit régie par les principes des mathématiques actuarielles ; il conviendra de déterminer dans le cadre de la surveillance des assurances si les calculs ont été effectués correctement (ATF 92 I 126 consid. 3, ATF 107 Ib 54 consid. 5 ; cf. STOESSEL, op. cit., Allgemeine Einleitung, n° 12 s. et les réf. cit. ; ROELLI/KELLER, op. cit., p. 19 s. ; KUHN/MONTAVON, op. cit., p. 123 s. ; WEBER/UMBACH, op. cit., p. 57 ; plus critique sur l'importance de ce critère, ALFRED MAURER, op. cit., p. 95 s.).

En l'occurrence, la recourante ne limite pas le nombre de ses clients mais propose ses services à un nombre illimité de locataires. De surcroît, elle ne propose ses services que contre rémunération. En conséquence, l'équivalence des prestations fournies par X._____ SA et de celles perçues par ses clients s'oriente indubitablement vers le risque qu'encourt la recourante de s'acquitter de prestations en faveur d'un bailleur sans pouvoir les recouvrir ensuite auprès de son client. On ne saurait suivre la recourante quand elle prétend toujours recouvrir l'entier des sommes qu'elle a été amenée à verser. En effet, comme elle l'admet elle-même, les contentieux se sont élevés à 0,29 % des sommes garanties sur un an ; ces montants ont dès lors inévitablement été acquittés au moyen des recettes réalisées par la recourante lesquelles consistent précisément en primes versées par les locataires. À cela s'ajoute que la recourante s'est réservée le droit d'adapter ses primes (cf. art. 9 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA) de sorte qu'elle entend bien arrêter leur montant en fonction des sommes acquittées qu'elle n'est pas en mesure de recouvrir. Aussi, est-il hautement invraisemblable

que la recourante procède sans aucune méthode et, en particulier, qu'elle ne tire pas profit, comme c'est la règle dans ce genre d'activité, des résultats accumulés d'année en année pour fixer le montant des primes ; d'ailleurs, elle n'a nullement été en mesure de démontrer qu'elle utilisait d'autres critères à cet effet.

Par conséquent, force est de constater que la recourante compense ses risques en fonction des lois de la statistique et du grand nombre.

7.6 Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les activités de la recourante satisfont à l'ensemble des éléments caractéristiques de l'assurance posés par la jurisprudence.

7.7 La recourante fait encore valoir que les contrats proposés ne contiennent aucun élément significatif de la législation sur le contrat d'assurance puisqu'il n'est prévu ni réticence, ni durée maximale, ni suspension des prestations, ni couverture provisoire. Elle estime ainsi qu'il convient de qualifier les contrats en cause de cautionnement par rapport au bailleur et de reprise cumulative de dette par rapport au vendeur.

7.7.1 À titre liminaire, il sied d'admettre que les contrats conclus par la recourante et ses clients ne présentent pas toutes les caractéristiques propres à un contrat d'assurance au sens de la LCA. Cela étant, on ne saurait en déduire une quelconque conséquence spéciale s'agissant de l'assujettissement à la surveillance en matière d'assurance. En effet, si les activités exercées satisfont aux éléments distinctifs de l'assurance arrêtés par la jurisprudence, elles sont malgré tout soumises à surveillance faute sinon de ne pas atteindre les objectifs de la législation y afférente, à savoir protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA).

De plus, concernant des caractéristiques de la LCA non contenues dans les contrats passés par la recourante, elles ne constituent pas pour l'essentiel des éléments absolument impératifs au sens de l'art. 97 LCA. En effet, il s'agit pour la plupart de dispositions relativement impératives auxquelles il ne peut être dérogé au détriment du preneur d'assurance (art. 98 LCA). Or, les contrats en cause ne prévoient ni réticence ni suspension des prestations si bien qu'on ne saurait retenir qu'ils dérogent aux dispositions de la LCA au

détriment du preneur d'assurance. S'agissant de l'art. 19 al. 2 LCA, rien n'empêche un client de la recourante de s'en prévaloir si celle-ci lui transmet une attestation de cautionnement avant le paiement de la cotisation forfaitaire (cf. art. 2 et 3 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA). Quant à la durée du contrat, elle est déterminable puisque celle-ci s'avère fonction de la durée du bail lequel est limité dans le temps.

Dans ces circonstances, la recourante ne saurait se soustraire à la surveillance des assurances du fait que ses contrats ne présentent pas de nombreux éléments distinctifs d'un contrat d'assurance au sens de la LCA.

7.7.2 Le rapport juridique entre la recourante et le bailleur ne constitue pas un cautionnement. En effet, c'est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier d'un débiteur principal à répondre accessoirement à l'exécution de la dette (art. 492 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [CO, RS 220] ; cf. PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, Zurich, Bâle, Genève 2003, p. 856). En cas de cautionnement simple, la caution jouit du bénéfice de discussion personnelle et matérielle puisque le créancier ne peut réclamer la prestation que s'il ne l'a pas obtenue du débiteur (cf. art. 495 CO ; cf. TERCIER, op. cit., p. 873 s.). En cas de cautionnement solidaire, celui-ci conserve également un caractère subsidiaire dans la mesure où la caution n'est tenue à la prestation que si le débiteur en demeure a été dûment interpellé par le créancier à moins que son insolvabilité soit notoire (cf. art. 496 CO ; cf. TERCIER, op. cit., p. 875).

En l'espèce, la recourante s'engage à s'acquitter de la dette du locataire envers le bailleur dans les limites de la somme garantie en cas d'accord écrit du locataire et du bailleur ou sur présentation d'un jugement exécutoire condamnant le locataire (cf. art. 7 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA). Aussi, seule l'existence de la dette du locataire doit avoir été formellement établie, il n'est en revanche pas exigé du bailleur qu'il tente d'obtenir son paiement de la part du locataire ni même qu'il le sollicite à cet effet. En outre, en vertu du contrat passé avec la recourante, le locataire est en mesure d'exiger qu'elle s'acquitte de la dette.

Par conséquent, les contrats passés par la recourante ne présentent

pas un caractère subsidiaire suffisant pour être qualifié de contrat de cautionnement au sens des art. 492 ss CO.

7.7.3 Le rapport juridique entre la recourante et ses clients ne consiste pas en une reprise cumulative de dette. Une telle relation contractuelle est admise lorsqu'un tiers se constitue débiteur solidaire aux côtés du premier débiteur sans que ce dernier ne soit libéré de sa dette (cf. THOMAS PROBST, in LUC THÉVENOZ/FRANZ WERRO [éd.], Code des obligations I, Commentaire romand, n. 6 ad introduction aux art. 175-183 CO et les réf. cit.).

En l'espèce, l'engagement de la recourante va au-delà de la reprise cumulative de dette. En effet, une fois l'existence de la dette du locataire envers le bailleur établie, la recourante s'en acquitte sans autre formalité jusqu'à concurrence de la somme garantie (cf. art. 7 des conditions générales relatives aux contrats proposés par X._____ SA) alors que, en cas de reprise cumulative de dette, c'est au créancier de choisir le débiteur auquel il entend réclamer le paiement de la dette. De plus, si le locataire est recherché pour cette dette, il est en droit d'en exiger le paiement par la recourante.

Aussi, les contrats conclus par la recourante ne constituent pas des reprises cumulatives de dette.

7.8 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est d'admettre que les activités de la recourante – satisfaisant à tous les éléments caractéristiques de l'assurance – sont assujetties à la surveillance en la matière. C'est donc à juste titre que l'autorité inférieure a constaté que, faute d'agrément, la recourante avait exercé jusqu'en juillet 2009 son activité en violation de la législation sur la surveillance des assurances.

8.

La recourante fait également valoir que la décision entreprise contreviendrait à la liberté économique. À ce sujet, la législation en matière de surveillance des assurances vise un intérêt public, à savoir la protection des assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA), de sorte que l'obligation d'obtenir une autorisation pour l'exercice d'une activité d'assurance constitue une mesure de police admissible au regard du droit constitutionnel (cf. également art. 95 al. 1 Cst.). En outre, cette

obligation repose sur une base légale formelle claire : l'art. 3 LSA ; elle se révèle en outre nécessaire et proportionnée en vue d'atteindre les objectifs visés par loi. Enfin, l'autorité inférieure a minutieusement respecté le principe de la proportionnalité en l'espèce puisqu'elle a patiemment offert à la recourante de conformer ses activités aux exigences légales. Mal fondé, le grief doit donc être rejeté.

9.
La recourante invoque enfin un comportement contraire à la bonne foi et même arbitraire de l'autorité inférieure dans la mesure où elle n'a pas examiné les offres de contrat qu'elle lui a soumises avant de rendre la décision entreprise.

Le droit constitutionnel du citoyen à être traité par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi est expressément consacré à l'art. 9 Cst. De jurisprudence constante, une décision se révèle arbitraire, au sens de la disposition précitée, lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 132 III 209 consid. 2.1, ATF 131 I 57 consid. 2, ATF 129 I 8 consid. 2.1). Quant à la protection de la bonne foi, l'administré qui entend se fonder sur un prétendu comportement contradictoire d'une autorité doit, comme en cas d'assurances données, avoir pris des dispositions irréversibles (cf. MOOR, op. cit., p. 433).

En l'espèce, dans son courrier du 15 octobre 2007, l'autorité inférieure a clairement indiqué à la recourante que, pour continuer à exercer ses activités, elle devait avoir pour partenaire une entreprise dûment agréée supportant les risques encourus. Dans sa missive du 16 octobre 2008, elle précise qu'il convient de transférer intégralement à dite entreprise le risque assuré des assurances de garantie, la recourante n'étant pas habilitée à assumer un quelconque risque. Dans ces circonstances, on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure de ne pas avoir donné son accord en relation avec des projets de contrat prévoyant une restriction du transfert des risques et d'y avoir répondu, comme annoncé dans son courrier du 3 avril 2009, par la décision entreprise.

En conséquence, l'autorité inférieure n'a nullement adopté un comportement contraire à la bonne foi ou arbitraire envers la recourante.

10.
Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

11.
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).

En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. Les frais de procédure s'élèvent à Fr. 8'000.- en tenant compte de la valeur litigieuse – laquelle ne peut cependant pas facilement être évaluée –, des deux décisions incidentes rendues en relation avec les mesures provisionnelles ainsi que de l'ampleur et de la difficulté de la cause. Ils doivent être intégralement mis à la charge de recourante et seront prélevés sur l'avance de frais de Fr. 8'000.- d'ores et déjà versée.

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 8'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 8'000.-.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)

Le président du collège : Le greffier :

Jean-Luc Baechler Pascal Richard

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 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 30 mars 2010