11

Extrait de l'arrêt de la Cour II
dans la cause X.
contre Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
B–255/2011 du 31 janvier 2012

Surveillance des assurances privées. Soumission à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers d'une entreprise d'assurance exerçant l'assurance-maladie et accidents de l'équipage des navires de haute mer. Notion de couverture de risques d'assurance en relation avec la navigation hauturière.

Art. 1 al. 2 let. a OS. Art. 41 al. 1 de l'ordonnance du 20 novembre 1956 sur la navigation maritime.

1. **Principes applicables en cas de conflit de normes de même rang lorsqu'une norme ancienne spéciale est contraire à une disposition générale plus récente (consid. 5.2).**
2. **Interprétation de l'art. 1 al. 2 let. a OS, notamment à la lumière du Code de la libération des opérations invisibles courantes de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (consid. 5.4 ss).**

Aufsicht über die Privatversicherungen. Ein Versicherungsunternehmen, welches Kranken- und Unfallversicherungen für Besatzungen von Hochseeschiffen tätigt, ist der eidgenössischen Finanzmarktaufsicht unterstellt. Begriff der Deckung von Versicherungsrisiken im Zusammenhang mit Hochseeschifffahrt.

Art. 1 Abs. 2 Bst. a AVO. Art. 41 Abs. 1 der Seeschifffahrtsverordnung vom 20. November 1956.

1. **Anzuwendende Grundsätze bei Normenkonflikten gleicher Stufe, wenn eine ältere Spezialnorm einer jüngeren generellen Bestimmung widerspricht (E. 5.2).**
2. **Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a AVO insbesondere im Sinne des « Code de la libération des opérations invisibles courantes » der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (E. 5.4 ff.).**

Sorveglianza degli assicuratori privati. Assoggettamento alla sorveglianza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari di un'impresa di assicurazione che esercita assicurazioni malattie e infortuni per gli equipaggi di navi d'alto mare. Definizione del concetto di copertura dei rischi assicurativi connessi con la navigazione marittima.

Art. 1 cpv. 2 lett. a OS. Art. 41 cpv. 1 dell'ordinanza del 20 novembre 1956 sulla navigazione marittima.

1. **Principi applicabili nel caso di conflitto tra disposizioni di pari rango, se una norma speciale anteriore è contraria a una norma generale più recente (consid. 5.2).**
2. **Interpretazione dell'art. 1 cpv. 2 lett. a OS, in particolare alla luce del « Code de la libération des opérations invisibles courantes » dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (consid. 5.4 segg.).**

X. (recourante) est une société étrangère proposant l'assurance-maladie et accidents pour l'équipage des navires de mer. Cette couverture tombe, parmi la palette spécialisée des services d'assurance en relation avec la navigation hauturière, dans le domaine de la Protection and Indemnity Insurance (P&I Insurance, appelée communément P&I). Les entreprises d'assurance actives dans cette branche sont appelées P&I Clubs. La recourante se trouve au bénéfice d'un agrément octroyé par le Département fédéral des finances (DFF) pour les services d'assurance-maladie et accidents.

Par décision du 22 novembre 2010, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) (autorité inférieure) a rejeté la demande de X. quant à la possibilité de ne plus être soumise à sa surveillance pour ces services d'assurance. Elle s'est fondée en particulier sur une interprétation des dispositions en cause à la lumière du Code de la libération des opérations invisibles courantes de 1961 de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE, ci-après: code de libération de l'OCDE).

Le Tribunal administratif fédéral a admis le recours dans la mesure où il est recevable.

Extrait des considérants:

3.

3.1 La loi sur la surveillance des assurances (LSA, RS 961.01) 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). A teneur de l'art. 2 al. 1 LSA, sont soumises à la surveillance au sens de la présente 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 leur activité 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). Des exceptions à l'assujettissement à la surveillance sont toutefois prévues. Ainsi, conformément à l'art. 2 al. 2 LSA, sont exceptés de la surveillance les entreprises d'assurance ayant leur siège social à l'étranger qui ne pratiquent en Suisse que la réassurance (let. a); les entreprises d'assurance dont l'activité en matière d'assurance est soumise à une surveillance particulière en vertu du droit fédéral, dans la mesure de la surveillance exercée sur cette activité (sont réputées telles notamment les institutions de prévoyance inscrites au registre de la prévoyance professionnelle) (let. b); les intermédiaires d'assurance qui ont un lien de dépendance avec un preneur d'assurance, pour autant qu'ils ne représentent que les intérêts de ce preneur d'assurance et des sociétés qu'il domine (let. c). Par ailleurs, l'art. 2 al. 3 LSA habilite la FINMA, lorsque des circonstances particulières le justifient, à libérer de la surveillance une entreprise d'assurance pour laquelle l'activité d'assurance est de faible importance économique ou ne touche qu'un cercle restreint d'assurés; l'al. 4 prescrit que le Conseil fédéral définit l'activité en Suisse en matière d'assurance. En outre, l'art. 1 al. 2 let. a de l'ordonnance de la surveillance du 9 novembre 2005 (OS, RS 961.011) exclut de la surveillance les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger mais aucune succursale en Suisse lorsqu'elles exercent, en Suisse, exclusivement la couverture de risques d'assurance en relation avec la navigation hauturière, la navigation aérienne ou les transports internationaux.

3.2 A teneur de l'art. 84 de la loi fédérale du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LNM, RS 747.30), sous

réserve des parties d'entreprise qui se trouvent en Suisse, l'exploitation de la navigation maritime n'est pas soumise à l'assurance-accidents obligatoire instituée par la Confédération (al. 1); l'armateur d'un navire suisse doit assurer son équipage contre la maladie et les accidents professionnels (al. 2); le Conseil fédéral fixera, après consultation des milieux intéressés, les prestations minimums et les prescriptions de détail auxquelles le contrat d'assurance doit se conformer pour que l'armateur satisfasse à ses obligations (al. 3). Aux termes de l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance du 20 novembre 1956 sur la navigation maritime (RS 747.301, ci-après: ordonnance sur la navigation maritime), l'assurance contre la maladie et les accidents professionnels doit être conclue auprès d'une compagnie d'assurance autorisée par le Département fédéral de justice et police à opérer en Suisse; si l'armateur d'un navire suisse a institué, pour son personnel, sa propre caisse-maladie et que cette caisse a été reconnue conformément à la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, cette caisse doit être admise à pratiquer l'assurance prévue par la présente ordonnance. De plus, selon l'al. 2, tout armateur d'un navire suisse doit adresser une copie du contrat d'assurance à l'Office suisse de la navigation maritime. Avant de donner son approbation, cet office consultera l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers ou, le cas échéant, l'Office fédéral de la santé publique. Les compagnies d'assurance sont tenues d'informer l'Office suisse de la navigation maritime, par lettre recommandée, de la dénonciation ou de l'expiration du contrat. Le Conseil fédéral fixera dans un contrat-type, après avoir pris l'avis des milieux intéressés, les prestations minimums et les prescriptions de détail auxquelles le contrat d'assurance doit se conformer pour que l'armateur satisfasse à l'obligation d'assurance prévue à l'art. 84 al. 3 LNM; le contrat-type est annexé à l'ordonnance et réputé partie intégrante de celle-ci (art. 42 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime).

4. La recourante s'en prend en particulier à l'interprétation donnée à l'art. 1 al. 2 OS par l'autorité inférieure selon laquelle l'assouplissement prévu par cette disposition résulterait des engagements de la Suisse dans le cadre du code de libération de l'OCDE.

L'autorité inférieure a en effet relevé que la Suisse s'était notamment engagée à adopter une attitude plus libérale en matière de services d'assurance en relation avec le commerce international de marchandises dans le cadre dudit code, ce dernier visant précisément à ce que les Etats membres éliminent entre eux les contraintes administratives pour certaines transactions déterminées. Elle explique que l'interprétation que le code

propose explicitement pour le terme « commerce international » ne comprend que les assurances contre les dommages aux choses; elle note qu'a contrario, les assurances de personnes ne sont pas touchées. Elle poursuit en déclarant que la Suisse ne s'est pas engagée à alléger les exigences se rapportant aux assurances sociales et aux autres types d'assurance susceptibles de couvrir les personnes. Elle en conclut que l'art. 1 al. 2 let. a OS ne s'applique pas aux assurances de personnes, de sorte qu'il ne se trouverait pas en contradiction avec l'art. 41 de l'ordonnance sur la navigation maritime. Elle a confirmé sa position dans sa réponse du 4 mars 2011 affirmant que le code de libération de l'OCDE appert comme la seule justification à l'art. 1 al. 2 let. a OS.

La recourante estime que le texte de l'art. 1 al. 2 let. a OS se présente de manière très claire et ne laisse pas de marge de manœuvre à une interprétation restrictive de son contenu, relevant que la norme se réfère à l'activité de couverture de risques d'assurance en relation avec la navigation hauturière sans restreindre les risques couverts ou sans exclure les risques liés aux maladies et aux accidents de l'équipage. Elle ajoute que si l'art. 1 al. 2 let. a OS avait réellement été adopté au regard des engagements de la Suisse dans le cadre de l'OCDE et que la volonté du législateur avait effectivement été de limiter l'application de cette norme, il aurait été aisé de le préciser expressément; selon elle, il n'appartient cependant pas à la FINMA de se substituer au législateur. En outre, elle qualifie d'arbitraire et de contraire à la sécurité juridique, à laquelle tout administré peut s'attendre, de permettre une interprétation restrictive de la disposition en cause sur la base des discussions de la Suisse dans le cadre de l'OCDE sans pour autant que l'accès à une telle genèse ne soit aisément accessible. Relevant une contradiction évidente entre l'art. 1 al. 2 let. a OS et l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime prévoyant que l'assurance contre la maladie et les accidents professionnels doit être conclue auprès d'une compagnie d'assurance autorisée, elle invoque l'application du principe lex posterior derogat priori qui fait primer la première norme sur la seconde. Par ailleurs, elle souligne que l'Office suisse de la navigation maritime (OSNM) est conscient du fait que l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime est devenu désuet puisqu'il a fait savoir qu'il entendait en tenir compte lors d'une prochaine révision. De plus, la recourante note que l'exemption des entreprises d'assurance étrangères proposant en Suisse exclusivement des assurances P&I s'avère soutenue par tous les P&I Clubs actifs en Suisse, par l'association des armateurs suisses ainsi que par le syndicat Unia. Elle relève enfin que la Suisse a clairement démontré qu'elle souhaite favo-

riser l'enregistrement de navires battant pavillon suisse pour des motifs d'approvisionnement du pays, notamment par la fourniture d'une garantie étatique lors de financements de navires suisses; des contraintes administratives telles que celles que la FINMA souhaite maintenir n'iraient certainement pas dans le sens de cet objectif.

5. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Il n'y a lieu de s'écarter du sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause (cf. ATF 131 III 314 consid. 2.2; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3e éd., Berne 2011, p. 51); de tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition ainsi que de la systématique de la loi (cf. ATF 131 II 217 consid. 2.3). A l'inverse, il n'y a lieu de se fonder sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle, sans ambiguïté aucune, une solution matériellement juste. Si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il sied de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but et de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), et de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Lors de cet examen, il convient de privilégier une approche pragmatique s'inspirant d'une pluralité de méthodes, étant précisé que les différentes méthodes d'interprétation ne sont soumises à aucun ordre de priorité (cf. ATF 132 III 226 consid. 3.3.5, ATF 128 II 56 consid. 4 et les réf. cit.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I: L'Etat, Berne 2006, p. 505 ss; ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984, p. 122 ss; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I: Les fondements généraux, Berne 1994, p. 142 ss). Le choix de la méthode nécessite également une appréciation du résultat: il convient d'orienter le choix entre les différentes méthodes sur celle dont le résultat est satisfaisant, raisonnable et pratique (cf. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, n. marg. 135). Si la prise en compte d'éléments historiques n'est en soi pas déterminante pour l'interprétation, cette dernière doit néanmoins s'appuyer en principe sur la volonté du législateur, formulée avec une certaine précision, et sur les jugements de valeur qui la sous-tendent de

manière reconnaissable, tant il est vrai que l'interprétation des normes légales selon leur finalité ne peut se justifier par elle-même mais doit au contraire être déduite des intentions du législateur qu'il s'agit d'établir à l'aide des méthodes d'interprétation habituelles (cf. ATF 129 III 656 consid. 4.1). Si la date d'adoption de la loi à interpréter s'avère relativement récente, il conviendra, pour déterminer la portée de la norme, de s'intéresser en particulier au but poursuivi par le législateur (cf. ATAF 2008/55 consid. 4.2).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou lacune proprement dite) suppose que le législateur se soit abstenu de régler un point qu'il aurait dû régler et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. Si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle, de corriger les lacunes improprement dites à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (cf. ATAF 2007/48 consid. 6.1; ATF 131 II 562 consid. 3.5). Une opinion minoritaire en doctrine renonce toutefois à opérer une distinction entre lacune proprement et improprement dite; elle parle de manière générale respectivement de lacune involontaire de la loi et d'une insuffisance inadmissible du point de vue téléologique pouvant être comblée par les organes chargés d'appliquer la loi (cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich 2006, no 243; ULRICH HÄFELIN, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Zurich 1981, p. 91 ss, spéc. p. 108 s., 113 s.; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3e éd., Berne 2010, p. 173 ss). De même, on peut constater dans la jurisprudence une tendance à s'éloigner de la distinction traditionnelle et à admettre l'existence d'une lacune susceptible d'être comblée par un tribunal lorsque, au regard des valeurs et des objectifs poursuivis par la loi, une réglementation légale apparaît comme insuffisante et sujette à complément (cf. ATF 132 III 470 consid. 5.1, ATF 131 V 233 consid. 4.1, ATF 129 II 438 consid. 4.1.2, ATF 123 II 69 consid. 3c; ATAF 2007/48 consid. 6).

5.1 La teneur de l'art. 1 al. 2 let. a OS – évoquant la couverture de risques d'assurance en relation avec la navigation hauturière – semble de prime abord claire. En effet, comme l'a souligné à juste titre la recourante, cette norme ne contient aucune restriction expresse quant à la nature desdites couvertures ou des risques concernés et semble ainsi se référer à l'ensemble des risques envisageables en lien avec la navigation hauturière. Nonobstant, l'art. 41 de l'ordonnance sur la navigation maritime se penche précisément sur les couvertures de maladie et d'accidents professionnels en indiquant que ce type d'assurances doit être conclu auprès d'une compagnie d'assurance autorisée par le Département fédéral de justice et police (DFJP) à opérer en Suisse. Aussi, il faut reconnaître que les deux dispositions susmentionnées se présentent de manière contradictoire; ce fait suffit à nier à l'art. 1 al. 2 let. a OS la clarté nécessaire à son application sans interprétation.

5.2 Pour résoudre le conflit qui oppose l'art. 1 al. 2 let. a OS à l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime, il y a lieu dans un premier temps de retenir les principes applicables en cas de conflit de normes de même rang, soit celui en vertu duquel la loi postérieure a le pas sur la loi antérieure (lex posterior derogat legi priori) et celui selon lequel la loi spéciale prime sur la loi générale (lex specialis derogat legi generali) (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A–3343/2007 du 5 décembre 2007 consid. 4.1 et les réf. cit.). En effet, diverses ordonnances se situent au même niveau, quels que soient leur contenu, leur fondement, leurs auteurs et leurs destinataires (cf. ANDRÉ GRISEL/JEAN MONNIER, A propos de la hiérarchie des normes juridiques, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 88/1987, p. 377, 394). A la question de savoir lequel des deux adages trouve application lorsqu'une norme ancienne spéciale se trouve en contradiction avec une disposition récente générale, les deux auteurs mentionnés ci-dessus estiment que la primauté appartient à la première, non pas à la seconde. A leurs yeux, il est en effet vraisemblable que l'auteur d'une loi entend abroger la loi antérieure qui a le même objet, sauf dans l'éventualité où, en raison de son caractère spécial, celle-ci est censée être maintenue après l'entrée en vigueur de cette dernière (cf. GRISEL/MONNIER, op. cit., p. 379). GYGI relève l'existence des formules « lex posterior generalis non derogat legi priori speciali » et « lex posterior specialis contraria derogat legi generali priori »; il se rallie cependant à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, s'il n'exclut pas qu'une norme ancienne spéciale prenne le pas sur une norme nouvelle générale, considère que la question ne peut pas être tranchée selon une règle générale mais qu'il convient de

déterminer, sur la base d'une interprétation de la nouvelle loi, si l'ancienne aurait dû être abrogée ou non (cf. ATF 123 II 534 consid. 2c, ATF 115 Ib 88 consid. 2c, ATF 96 I 485 consid. 5; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht: eine Einführung, Berne 1986, p. 108; du même avis, PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 4e éd., Berne 2008, p. 395).

En l'espèce, force est de constater que l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime, entré en vigueur en 1957 et modifié en 1989 s'agissant de l'autorité compétente (cf. consid. 5.3), est antérieur à l'art. 1 al. 2 let. a OS, en vigueur depuis le 1er janvier 2006. Or, comme l'a invoqué la recourante, le second constitue une lex posterior qui devrait primer sur le premier. Cela étant, il apparaît, à la lecture des deux dispositions en cause, que l'art. 41 précité se réfère explicitement à l'assurance contre la maladie et les accidents professionnels alors que l'art. 1 al. 2 let. a OS traite d'une manière plus générale les couvertures de risques d'assurance, sans limitation quant au type d'assurances. Sous cet angle, l'art. 41 de l'ordonnance sur la navigation maritime se présente comme une lex specialis qui devrait primer sur l'art. 1 al. 2 let. a OS.

Dans ces circonstances, l'on ne saurait se contenter d'une application des deux adages afin de déterminer la disposition applicable puisqu'ils conduisent à des solutions opposées; de surcroît, l'art. 41 de l'ordonnance précitée contient une inexactitude quant à l'autorité compétente (cf. consid. 5.3). Après avoir examiné la norme susmentionnée, il conviendra donc d'interpréter plus avant l'art. 1 al. 2 let. a OS afin de définir la volonté du législateur et les jugements de valeur qui la sous-tendent.

5.3 Lors de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur la navigation maritime le 1er janvier 1957, son art. 41 al. 1 (cf. consid. 3.2 s'agissant de sa teneur actuelle) mentionnait que la compagnie devait avoir été autorisée par le Conseil fédéral, le Bureau fédéral des assurances étant compétent pour accorder des exceptions (RO 1956 1458); ces deux autorités ont été remplacées dans cette norme par le DFJP le 1er février 1989 (RO 1989 220). L'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime n'a en revanche pas tenu compte de la compétence (attribuée depuis de nombreuses années) de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) au sein du département précité de mettre en œuvre la procédure d'octroi d'agréments (art. 15 de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP], RO 2000 291) ni le fait que ledit office a été rattaché au DFF depuis le 1er juillet 2003 (art. 24*a* s. de l'ordonnance du 25 juin 2003 sur l'organisation du Département

fédéral des finances [Org DFF], RO 2003 2122) jusqu'à la reprise de ses activités par la FINMA le 1er janvier 2009 (art. 58 al. 1 de la loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 [LFINMA, RS 956.1]). Quant à l'art. 41 al. 2 de l'ordonnance sur la navigation maritime – s'il prévoyait à son entrée en vigueur que l'OSNM devait, avant de donner son approbation, consulter le Bureau fédéral des assurances ou l'Office fédéral des assurances sociales –, il retient aujourd'hui que l'office consultera la FINMA ou, le cas échéant, l'Office fédéral de la santé publique.

Il ressort de ce qui précède que l'al. 1 de la disposition susmentionnée n'a à l'évidence pas été adapté avec rigueur à chaque fois qu'il aurait dû l'être et que des autorités y sont restées mentionnées alors que leur compétence en la matière s'était éteinte. En particulier, la référence à l'OFAP est aujourd'hui obsolète. Il s'avère ainsi manifeste que cet alinéa aurait dû être modifié; toutefois, rien ne permet, à ce stade, de dire si la volonté du législateur aurait porté sur le remplacement de l'OFAP par la FINMA ou sur l'abrogation de l'al. 1, en d'autres termes sur la confirmation ou l'abrogation de la nécessité pour les entreprises d'assurance concernées de bénéficier d'un agrément. L'autorité inférieure se prévaut sur ce point d'une erreur de chancellerie, la modification requise n'ayant pas été opérée; aucune pièce versée au dossier ne permet néanmoins de confirmer la nature de l'erreur.

5.4

5.4.1 Avant d'examiner de plus près l'art. 1 al. 2 let. a OS, il convient de rappeler le but de la surveillance des entreprises d'assurance. Selon l'art. 1 al. 2 LSA, la loi a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus. Mais la surveillance des assurances présente aussi un caractère d'intérêt public dans la mesure où elle vise au bon fonctionnement du secteur de l'assurance. En outre, le Conseil fédéral a précisé, dans son message relatif au projet de LSA, que la formulation retenue dans le projet – qui devait répondre tout particulièrement aux attentes de la population, de l'économie et de la politique, aussi bien au niveau national que dans le contexte international – englobe d'une manière générale la force et l'intégrité du secteur de l'assurance en Suisse ainsi que la confiance qu'il doit inspirer (cf. message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance [loi sur la surveillance des assurances, LSA] et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, spéc. 3372, ci-après: message concer-

nant la LSA; voir également VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, Berne 2008, p. 84). Dans ce contexte, il appert que la libéralisation ainsi que la globalisation des marchés d'assurance et leur incidence sur la surveillance n'a pas échappé au législateur, relevant qu'elles ont en partie conduit à une cumulation des risques, ce qui complique visiblement la surveillance de ce secteur très important pour la Suisse (cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2004 N 373).

5.4.2 Pour atteindre le but visé, le législateur a retenu, comme dans la situation prévalant avant l'entrée en vigueur de la LSA et à moins qu'elles n'en soient expressément exceptées, que toutes les institutions d'assurance privées suisses sont soumises à la surveillance, qu'elles exercent leur activité en Suisse ou à l'étranger (art. 2 al. 1 let. a LSA; cf. message concernant la LSA, FF 2003 3372). Quant à la soumission à la surveillance de la FINMA des assureurs étrangers, l'art. 2 al. 1 let. b LSA prescrit que les entreprises d'assurance ayant leur siège social à l'étranger sont soumises à la surveillance pour leur activité en matière d'assurance en Suisse ou à partir de la Suisse, sous réserve de dispositions contraires de traités internationaux. Les exemptions à la soumission à la surveillance prévues par le législateur figurent à l'art. 2 al. 2 LSA et à l'art. 1 al. 2 OS (cf. consid. 3.1); le Conseil des Etats a sur ce point souligné la nécessité d'une réglementation claire s'agissant de déterminer les entreprises soumises à la surveillance et celles qui en sont exemptées (cf. BO 2004 E 330).

5.4.3 Selon le message du Conseil fédéral du 5 mai 1976 concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (FF 1976 II 851), seul le fait qu'un besoin de protection existe et que le contrat exerce ses effets en Suisse – peu importe où et de quelle façon il a été conclu – a été considéré comme décisif pour l'assujettissement à la surveillance. Le Conseil fédéral a de surcroît relevé qu'étant donné que le besoin de protection est le même, que le contrat soit conclu en Suisse ou à l'étranger ou par correspondance, la Suisse a formulé des réserves à l'endroit du code de libération de l'OCDE concernant l'assurance sur la vie et les autres branches d'assurance. Ainsi, seules les institutions bénéficiant d'une autorisation d'opérer en Suisse peuvent conclure des contrats d'assurance en Suisse (cf. FF 1976 II 851, 871). Le législateur a ainsi considéré qu'une activité d'assurance en lien avec la Suisse justifie le besoin de protection; il lui restait encore à définir l'activité en Suisse en matière d'assurance au sens de l'art. 2 al. 1 let. a LSA, ce dont il a chargé le Conseil fédéral.

5.4.4 L'art. 1 OS, portant le titre « activité d'assurance en Suisse », a en effet été édicté sur la base de l'art. 2 al. 4 LSA prescrivant que le Conseil fédéral définit l'activité en Suisse en matière d'assurance. L'art. 1 al. 2 let. a OS exclut de la surveillance de la FINMA les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger mais aucune succursale en Suisse lorsqu'elles exercent, en Suisse, exclusivement la couverture de risques d'assurance en relation avec la navigation hauturière, la navigation aérienne ou les transports internationaux. A sa lecture, force est de constater qu'il ne contient aucune indication sur une éventuelle limitation de l'étendue de la couverture de risques d'assurance en rapport avec la navigation en haute mer. La question de la couverture des risques d'accidents dans ce domaine particulier n'a pas été abordée par le Conseil fédéral dans son message du 9 mai 2003 concernant la LSA (cf. message concernant la LSA, FF 2003 3353) pas plus qu'elle ne l'a été lors des débats parlementaires (cf. BO 2003 E 1222, BO 2004 N 373, BO 2004 N 384, BO 2004 N 401, BO 2004 E 330, BO 2004 N 1280, BO 2004 E 778). Le Conseil fédéral, dans son message du 20 mai 2009 relatif à la révision partielle 1 de la loi sur l'aviation (étant rappelé ici que les couvertures d'assurance en relation avec la navigation aérienne sont concernées par l'art. 1 al. 2 OS au même titre que celles en rapport avec la navigation hauturière) a néanmoins signalé que la révision, en 2005, de la LSA et de l'OS a permis de mettre la législation suisse sur les assurances privées en conformité avec le code de l'OCDE (cf. FF 2009 4405, 4430). Par ailleurs, la doctrine mentionnant les exceptions prévues à l'art. 1 al. 2 let. a OS ne note aucune restriction du type de celle retenue par l'autorité inférieure (cf. ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Berne 2006, p. 60; ANDREAS BURKI, in: Burki/Pfund/Waldmeier [éd.], Versicherungsaufsicht: Rechtliches, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 50).

5.4.5 Nonobstant le principe de la soumission obligatoire des entreprises suisses ou étrangères exerçant leur activité en Suisse ou depuis la Suisse à la surveillance de la FINMA, la formulation de l'art. 1 al. 2 let. a OS exprime la volonté du Conseil fédéral d'exempter certaines activités des assureurs étrangers de ladite surveillance. Sous cet angle, il apparaît que le Conseil fédéral a tenu compte de la nature pour ainsi dire purement internationale des couvertures de risques d'assurance notamment en relation avec la navigation hauturière: elles ne déploient forcément que des effets restreints directement en Suisse puisque les assureurs en cause sont sis à l'étranger et ne disposent pas de succursale en Suisse; en outre, l'activité est nécessairement appelée à s'exercer essentiellement à l'étranger puisque le pays ne dispose d'aucun accès direct à la mer.

5.4.6 A ce stade, si l'exclusion des activités d'assurance en relation avec la navigation hauturière semble aisément trouver son fondement dans leur caractère international et, partant, dans l'absence de liens étroits avec la Suisse, rien ne permet d'opérer une distinction telle que celle proposée par l'autorité inférieure entre les assurances de patrimoine et les assurances de personnes de même que d'exclure les secondes du champ d'application de la disposition topique. En effet, les membres de l'équipage, obligatoirement assurés pour la maladie et les accidents, se situent, le temps de leur engagement, forcément en dehors des frontières helvétiques (si ce n'est pour la période précédant ou suivant directement l'engagement sur un navire de mer suisse [cf. art. 5 du contrat-type pour l'assurance de l'équipage de navires de mer figurant à l'annexe III de l'ordonnance sur la navigation maritime]) puisque le pays ne dispose d'aucun accès direct à la mer; leur lien avec la Suisse, indépendamment de leur nationalité non déterminante dans ce contexte, est donc tout aussi ténu. Ainsi, l'élément d'internationalité s'avère également prépondérant pour ce type d'assurances.

5.5 L'autorité inférieure rejette une application de l'art. 1 al. 2 let. a OS pour l'assurance-maladie de l'équipage d'un navire de mer sur la base du code de libération de l'OCDE. Or, il ressort des considérants qui précèdent que le contexte international d'une manière générale ainsi que le code de libération de l'OCDE en particulier ne sont pas restés étrangers aux réflexions à la base des dispositions en cause (cf. consid. 5.4.1 ss). Il se justifie dès lors d'en tenir compte dans le cadre de leur interprétation.

5.5.1 Le code de libération de l'OCDE, qui a force obligatoire pour les membres (cf. avant-propos au code de libération de l'OCDE et art. 5 let. a de la Convention du 14 décembre 1960 relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques [RS 0.970.4], ci-après: Conv. relative à l'OCDE), prévoit que ceux-ci – dont notamment la Suisse (…) – supprimeront entre eux, conformément aux dispositions de l'art. 2 du code de libération de l'OCDE, les restrictions aux transactions invisibles courantes et aux transferts (art. 1 par. a du code de libération de l'OCDE); dans tous les cas où ils ne sont pas tenus par les dispositions du code de donner des autorisations concernant des opérations invisibles courantes, les membres traiteront les demandes relatives à de telles opérations dans un esprit aussi libéral que possible (art. 1 par. b du code de libération de l'OCDE). Ainsi, les membres accorderont les autorisations requises pour toute opération invisible courante visée à une rubrique de l'annexe A au présent code (art. 2 par. a du code de libération

de l'OCDE). Le code envisage cependant des exceptions, soit qu'un membre peut formuler des réserves relatives aux obligations résultant du par. a (art. 2 par. b du code de libération de l'OCDE). La lettre D de l'annexe A concerne les prestations d'assurance et comprend 6 rubriques:

- D/1. Sécurité sociale et assurances sociales;
- D/2. Assurances relatives au commerce international de marchandises;
- D/3. Assurance-vie;
- D/4. Toutes autres assurances;
- D/5. Transactions et transferts afférents à la réassurance et à la rétrocession;
- D/6. Conditions d'établissement et d'exercice des succursales et agences d'assureurs étrangers.

Il ressort de l'annexe B au code de libération de l'OCDE que la Suisse, conformément à la possibilité qui lui était offerte, a émis un certain nombre de réserves. Pour ce qui est des assurances, il s'agit des rubriques D/2 (annexe I à l'annexe A, partie I, la réserve ne visant que l'assurance responsabilité civile obligatoire pour les véhicules aériens et routiers), D/3 (annexe I à l'annexe A, partie I, par. 1) et D/4 (annexe I à l'annexe A, partie I, par. 4). L'annexe B ne contient pas davantage de précisions de sorte qu'il n'est pas possible de ranger l'assurance-maladie et accidents de l'équipage des navires de mer dans l'une des rubriques sans procéder, ici aussi, à une interprétation des notions employées.

5.5.2 Afin d'expliquer son interprétation de l'art. 1 al. 2 let. a OS, l'autorité inférieure s'attache à démontrer que l'assurance-maladie et accidents de l'équipage d'un navire de mer au sens de l'art. 84 LNM et de l'art. 41 de l'ordonnance sur la navigation maritime ne doit pas être rangée dans l'une des rubriques pour lesquelles la Suisse s'est engagée à alléger ses exigences (cf. consid. 5.5.1). Avant d'examiner, si nécessaire, la place de l'assurance en cause dans l'une des rubriques susmentionnées, il convient encore d'analyser le contexte et les buts visés par le code de libération.

De même que le code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE de 1961, le code de libération de l'OCDE apporte « depuis de nombreuses années aux pays membres de l'OCDE une aide efficiente pour qu'ils poursuivent l'objectif de se débarrasser – pour de bon – des obstacles inutiles à la libre circulation des capitaux et des services.

Aujourd'hui, l'intérêt du public sur toute la planète se centre plus que jamais sur les problèmes de mondialisation et de libéralisation (…) » (cf. Codes de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes – Guide de référence 2007, p. 7, ci-après: Guide de référence 2007). L'art. 1 du code de libération de l'OCDE – reprenant sur ce point l'engagement des membres à poursuivre leurs efforts en vue de réduire ou supprimer les obstacles aux échanges de biens et services formulé à l'art. 2 let. d de la Conv. relative à l'OCDE auquel le préambule du code de libération de l'OCDE se réfère expressément – expose l'idée centrale que les membres souscrivent à l'objectif général de supprimer entre eux les restrictions aux transactions invisibles, les autres dispositions décrivant le cadre dans lequel les pays membres doivent travailler pour atteindre cet objectif; cela comprend notamment le droit pour lesdits membres d'avancer progressivement vers la libéralisation grâce à un processus consistant à formuler et maintenir des réserves (cf. Guide de référence 2007, op. cit., p. 8). Aussi, le code est régi entre autres par le principe du démantèlement: la libéralisation est le principal objectif du code, même si les membres peuvent la réaliser progressivement en abolissant les restrictions peu à peu en fonction de leur propre situation (cf. Guide de référence 2007, op. cit., p. 10). Il en découle que si tous les membres souscrivent l'objectif commun de libération progressive, leur degré d'avancement n'est pas le même. Les membres qui ne peuvent procéder à une libéralisation immédiate peuvent formuler une réserve pour certaines rubriques du code (cf. Guide de référence 2007, op. cit., p. 12). De surcroît, le code de libération de l'OCDE fait état d'une volonté générale de libération allant même au-delà des exigences précises qu'il pose; ainsi, il prévoit que dans tous les cas où ils ne sont pas tenus par les dispositions du présent code de donner des autorisations concernant les opérations invisibles courantes, les membres traiteront les demandes relatives à de telles opérations dans un esprit aussi libéral que possible (art. 1 par. b du code de libération de l'OCDE). L'art. 12 du code de libération de l'OCDE signifie en outre que les membres doivent motiver le maintien d'une réserve opérée sur une rubrique de l'annexe A (par. a); l'Organisation examinera chacune des réserves faites par un membre sur une rubrique de l'annexe A tous les dix-huit mois au maximum, à moins que le Conseil n'en décide autrement (par. b); ledit examen aura pour objet de présenter des propositions appropriées pour aider les membres à lever leurs réserves (par. c).

5.5.3 A la lecture de ce qui précède, il appert, d'une part, que le code de libération de l'OCDE n'a pas d'effets directs dans les Etats membres,

mais leur fournit des incitations qui devront être mises en œuvre dans leur législation interne (cf. STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 429); aussi, les dispositions du code de libération ne jouent qu'un rôle limité dans l'interprétation des normes de droit suisse, d'autant plus qu'en la matière, les Etats disposent d'une large marge de manœuvre dans l'exécution des exigences imposées.

D'autre part, ledit code vise l'objectif affirmé d'une libéralisation complète des opérations en cause par la suppression de l'ensemble des obstacles à la libre circulation des services, d'assurance notamment. Cet objectif suppose, ainsi que cela apparaît à l'art. 12 par. c du code de libération de l'OCDE, que les réserves émises par les Etats soient appelées à disparaître progressivement au fur et à mesure qu'ils prennent les dispositions de libération nécessaires; les réserves présentent ainsi forcément un caractère provisoire. Pour ce motif, elles ne sauraient à elles seules préjuger des efforts qu'un Etat se trouve prêt à consentir ainsi que des démarches qu'il se doit d'entreprendre continuellement pour la suite de la mise en œuvre du code de libération. Dans ces conditions, il sied de relativiser leur rôle dans l'interprétation des dispositions nationales, surtout s'il s'agit, comme in casu, de justifier par là une restriction aux principes de libéralisation justement visés par ledit code.

5.5.4 Ainsi, il appert que la Suisse s'est engagée sur la voie de la libéralisation complète des opérations invisibles courantes de par son adhésion au code de libération de l'OCDE; en d'autres termes, le législateur suisse reste en principe tenu de poursuivre son œuvre de libéralisation dans le droit interne telle que prévue dans le code nonobstant la formulation de certaines réserves plus ou moins vagues. Cela signifie notamment qu'il demeure finalement libre de retenir des mesures spécifiques visant la libération de services dans des domaines particuliers – comme la navigation hauturière – alors même que lesdits services pourraient être compris dans l'une ou l'autre des réserves émises par la Suisse. Bien plus, une telle éventualité paraît logique et naturelle dans ce contexte. Dans ces conditions, la simple existence de telles réserves ne permet pas une interprétation restrictive de l'art. 1 al. 2 OS sans indice probant en ce sens dans la loi ou l'ordonnance; cela est d'autant plus vrai que le législateur n'ignorait pas la nécessité d'une réglementation claire s'agissant de délimiter les entreprises soumises à la surveillance et celles qui en sont exemptées (cf. consid. 5.4.2). A cet égard, point n'est besoin d'examiner dans quelle rubrique du code de libération de l'OCDE l'assurance-

maladie et accidents de l'équipage des navires de mer doit être rangée pour définir si elle est concernée ou non par une réserve.

5.6 Il ressort des considérants susmentionnés que l'interprétation restrictive opérée par l'autorité inférieure repose sur des éléments, certes à prendre en compte, mais dont la valeur doit être relativisée du fait que la LSA et l'OS n'y renvoient ni de manière directe ni même implicitement. De surcroît, le code de libération de l'OCDE ne suffit pas à confirmer la restriction entrevue par l'autorité inférieure de l'art. 1 al. 2 let. a OS en raison précisément de son but inverse tendant à l'élimination complète des obstacles à la libre circulation des services prévus à son annexe A et de sa non-applicabilité directe dans le droit interne des Etats membres. En outre, aucun autre élément ne permet de conclure à l'exclusion de l'assurance-maladie et accidents de l'équipage des navires de mer du champ d'application de la disposition précitée. Dans ces conditions, il faut admettre que le législateur a délibérément et naturellement opté pour une formulation large des couvertures en relation avec la navigation hauturière et qu'il a par conséquent omis d'abroger l'art. 41 al. 1 de l'ordonnance sur la navigation maritime qui, d'ailleurs, n'a pas été adapté avec rigueur à chaque fois qu'il aurait dû l'être (cf. consid. 5.3).

6. Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, force est de constater que l'assurance-maladie et accidents de l'équipage de navires de mer au sens de l'art. 41 de l'ordonnance sur la navigation maritime n'est pas exclue du champ d'application de l'art. 1 al. 2 let. a OS; les entreprises d'assurance ayant leur siège à l'étranger mais aucune succursale en Suisse ne sont dès lors pas soumises à la surveillance lorsqu'elles exercent, en Suisse, exclusivement ce type d'activités d'assurance.

7. L'art. 1 al. 2 OS pose comme autre condition à l'exemption de la surveillance de la FINMA l'absence d'une succursale (« Niederlassung » dans la version allemande) en Suisse. Sur ce point, l'autorité inférieure a in casu certes souligné vouloir que ses assujettis se conforment au droit national, y compris la réglementation relative à l'inscription au registre du commerce, acceptant néanmoins de surseoir à obtenir de la recourante la régularisation de sa situation au regard du registre du commerce jusqu'à droit connu sur la présente procédure de recours; elle ne s'est cependant, à ce stade, pas prononcée, d'une manière contraignante, sur la notion de succursale au sens de la disposition précitée ainsi que sur la question de savoir si la recourante dispose d'une telle succursale. Dès lors, ce point ne fait pas partie de l'objet de la contestation. Attendu qu'il appartient à la FINMA d'examiner si les conditions de la surveillance

sont réunies (art. 4 al. 1 et art. 6 al. 1 LSA), il convient par voie de conséquence de lui renvoyer la cause afin qu'elle se détermine à ce sujet.