

**Bundesverwaltungsgericht**  
**Tribunal administratif fédéral**  
**Tribunale amministrativo federale**  
**Tribunal administrativ federal**



Cour II  
B-2356/2008/scl

{T 0/2}

## **Arrêt du 13 janvier 2009**

Composition

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

Parties

**X.** \_\_\_\_\_,  
représenté par Maître Bernard Reymann, avocat,  
10, rue de la Croix-d'Or, 1204 Genève,  
recourant,

contre

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

Objet

Inscription au registre fédéral des intermédiaires  
d'assurance.

**Faits :****A.**

En date du 12 juin 2006, X.\_\_\_\_\_ (ci-après : le requérant ou le recourant) a effectué une demande d'enregistrement au registre fédéral des intermédiaires d'assurance.

Par courriel du 15 novembre 2006, l'Office fédéral des assurances privées OFAP a annoncé au requérant que sa demande d'enregistrement avait été contrôlée et qu'il était dorénavant inscrit au registre.

En date du 25 octobre 2007, l'OFAP a adressé un courrier à X.\_\_\_\_\_ l'informant qu'il entendait suspendre son inscription au registre à partir du 15 novembre 2007 dès lors qu'un examen plus approfondi de sa demande avait révélé que l'extrait de l'Office des poursuites produit laissait apparaître un découvert de Fr. 23'649'339.15 après une faillite clôturée.

Par courrier du 14 décembre 2007, X.\_\_\_\_\_ a requis de l'OFAP qu'il renonçât à sa volonté de suspendre son inscription au registre des intermédiaires d'assurance. À l'appui de sa demande, il a fait valoir que l'exigence de l'absence d'actes de défaut de biens prévue par les dispositions réglementaires en matière de surveillance des assurances privées contrevenait à la liberté économique garantie par le droit constitutionnel.

Par décision du 11 mars 2008, l'OFAP a rejeté la demande d'inscription au registre des intermédiaires d'assurance déposée par X.\_\_\_\_\_. Il a exposé que celui-ci ne satisfaisait pas aux conditions personnelles d'enregistrement dans la mesure où des actes de défaut de biens avaient été émis à son encontre pour une somme allant bien au-delà de la limite arrêtée par sa pratique.

**B.**

Par mémoire du 10 avril 2008, X.\_\_\_\_\_ a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Il conclut à son inscription au registre des intermédiaires d'assurance avec suite de frais et dépens. Subsidiairement, il demande l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision. À l'appui de ses conclusions, il fait valoir que l'OFAP

a apprécié de manière arbitraire les faits dans la mesure où il n'a pris en compte ni le fait que les actes de défaut de biens émis à son endroit n'avaient aucun rapport avec son activité professionnelle ni que les rémunérations obtenues provenaient à 98 % de commissions de gestion de portefeuilles existants. En outre, il invoque que la décision entreprise viole la liberté économique garantie par le droit constitutionnel dès lors que les intérêts visés ne sauraient justifier une mesure aussi incisive et s'avérerait en conséquence disproportionnée.

**C.**

Invitée à se déterminer sur le recours, l'autorité inférieure a conclu à son admission partielle dans sa réponse du 24 juillet 2008. Elle expose que, compte tenu de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 14 juillet 2008 constatant que sa pratique relative à l'existence d'actes de défaut de biens était disproportionnée, elle entend contrôler si, dans le cas d'espèce, il existe un véritable danger d'abus de la part du recourant. En particulier, elle se propose d'examiner plus avant les motifs ayant présidé à l'émission des actes de défaut de biens.

**D.**

Par mémoire de réplique du 15 septembre 2008, le recourant a maintenu l'ensemble de ses conclusions. Il se réfère à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral cité par l'autorité inférieure et démontre en quoi la décision attaquée s'avère disproportionnée dès lors qu'il ne lui est plus possible d'exercer sa profession. L'autorité devant tenir compte des motifs ayant présidé à l'émission des actes de défaut de biens, il indique que ceux-ci l'ont été à l'occasion d'une faillite personnelle qu'il a lui-même provoquée suite à l'effondrement des marchés de la construction et de l'immobilier à la fin des années 80. Il ajoute qu'il était alors partenaire investisseur dans le cadre d'opérations immobilières dont il ne gère pas les dossiers et précise que cette faillite n'est aucunement liée à son activité d'intermédiaire d'assurance. Enfin, il rappelle qu'il exerce cette profession depuis plusieurs années sans que le moindre problème ne se soit présenté.

**E.**

Par courrier du 7 octobre 2008, l'autorité inférieure a renoncé à déposer une duplique.

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.**

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

**1.2** 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 ; jusqu'au 31 décembre 2008, l'ancien art. 83 de la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance [LSA, RO 2005 5269]), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour juger des recours contre les décisions rendues par l'autorité inférieure.

L'acte attaqué constitue une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c 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.

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

**1.4** Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 22a let. a, 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 sied de relever qu'à teneur de l'art. 58 al. 1 LFINMA, la Commission fédérale des banques, l'OFAP et l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont remplacés par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après : FINMA) à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2009. Dès cette date, les procédures en cours devant la Commission fédérale des banques, l'OFAP ou l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent sont reprises par la FINMA (art. 58 al. 3 LFINMA).

En l'espèce, la décision entreprise a été rendue le 11 mars 2008 par l'OFAP. Or, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009, c'est la FINMA qui a remplacé dite autorité et a repris ses procédures pendantes. Par voie de conséquence, il convient d'adresser le présent arrêt à la FINMA.

**3.**

La LSA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Elle régleme la surveillance des entreprises d'assurance et des intermédiaires d'assurance par la Confédération ; elle 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).

Les intermédiaires d'assurance sont définis par la loi comme toute personne qui, quelle que soit sa désignation, agit pour des entreprises d'assurance ou d'autres personnes en vue de la conclusion de contrats d'assurance ou conclut de tels contrats (art. 40 LSA). À teneur de l'art. 43 LSA, les intermédiaires qui ne sont pas liés juridiquement, économiquement ou de quelque autre façon que ce soit à une entreprise d'assurance doivent se faire inscrire dans le registre (al. 1) ; les autres intermédiaires ont le droit de se faire inscrire dans le registre (al. 2). Selon l'art. 44 al. 1 LSA, n'est inscrite dans le registre qu'une personne qui : a des qualifications professionnelles suffisantes ou, s'il s'agit d'une personne morale, fournit la preuve qu'elle dispose de suffisamment de collaborateurs ayant lesdites qualifications (let. a) et a conclu une assurance de responsabilité civile professionnelle ou fourni des garanties financières équivalentes (let. b). Le Conseil fédéral détermine les qualifications professionnelles requises et fixe le montant minimum des garanties financières. Il peut charger l'autorité de surveillance de réglementer les détails techniques (art. 44 al. 2 LSA). En vertu de l'art. 184 al. 1 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS,

RS 960.011), l'intermédiaire démontre sa qualification professionnelle en réussissant un examen ou en présentant un titre équivalent. L'autorité de surveillance règle le contenu de l'examen ; elle peut édicter des prescriptions sur le déroulement de l'examen ou sur les motifs de dispense (art. 184 al. 2 OS). L'autorité de surveillance décide si un autre titre est équivalent (art. 184 al. 3 OS). S'agissant des conditions personnelles, l'art. 185 OS prévoit que l'intermédiaire doit avoir l'exercice des droits civils (let. a) ; n'avoir été l'objet d'aucune condamnation pénale pour des faits qui ne sont pas compatibles avec l'activité d'intermédiaire et dont l'inscription au casier judiciaire n'est pas biffée (let. b) ; aucun acte de défaut de biens ne doit avoir été émis à son encontre (let. c). Enfin, il est exigé de l'intermédiaire qu'il dispose d'un contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle pour couvrir les dommages patrimoniaux résultant d'une violation du devoir de diligence professionnelle ou d'une sûreté financière équivalente (art. 186 OS).

#### **4.**

Dans ses écritures, le recourant invoque que la décision entreprise viole sa liberté économique garantie par le droit constitutionnel.

**4.1** Dans un arrêt du 14 juillet 2008, le Tribunal administratif fédéral a examiné si l'art. 185 let. c OS exigeant qu'aucun acte de défaut de biens n'ait été émis à l'encontre de l'intermédiaire requérant était conforme à la liberté économique consacrée à l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) (arrêt du TAF B-1566/2007 du 14 juillet 2008 consid. 2ss). Il a été constaté que l'obligation d'obtenir un enregistrement pour les intermédiaires d'assurance constituait une mesure de police tendant à prévenir les atteintes à la bonne foi en affaires et qu'une restriction de la liberté économique s'avérait donc, en principe, admissible en la matière (arrêt du TAF B-1566/2007 du 14 juillet 2008 consid. 2.2). Ledit Tribunal a en outre considéré que l'art. 46 al. 1 let. f LSA – lequel prévoit que l'OFAP intervient quand il se crée une situation susceptible de porter préjudice aux assurés ou aux consommateurs – constituait une base légale suffisamment précise pour l'adoption de l'art. 185 let. c OS (arrêt du TAF B-1566/2007 du 14 juillet 2008 consid. 2.4.2 et 2.4.3). Un intérêt public à un examen des actes de défaut de biens émis à l'encontre des intermédiaires requérant leur enregistrement a également été reconnu (arrêt du TAF B-1566/2007 du 14 juillet 2008 consid. 2.5). S'agissant

de la proportionnalité de la mesure, il a été constaté qu'une application stricte de l'art. 185 let. c OS dépasserait largement la délégation législative de l'art. 46 al. 3 LSA et s'avérerait disproportionnée au regard des conséquences pour l'intermédiaire qui ne pourrait plus exercer son activité. Aussi, le Tribunal administratif fédéral a estimé que l'OFAP n'était en droit de refuser un enregistrement sur la base de l'art. 46 al. 1 let. f LSA que lorsqu'il existe un danger concret pour les preneurs d'assurance. Pour cette dernière condition, il a été prescrit de procéder à un examen approfondi de la situation du cas d'espèce, notamment les circonstances dans lesquelles les actes de défaut de biens ont été émis (le risque devant être admis s'ils sont en relation avec l'activité d'intermédiaire d'assurance ou découlent de la criminalité économique ou de faux dans les titres) et de motiver la décision conformément aux art. 29 al. 2 Cst. et 35 al. 1 PA (arrêt du TAF B-1566/2007 du 14 juillet 2008 consid. 2.6). Cette jurisprudence a été confirmée dans un arrêt subséquent (arrêt du TAF B-6395/2007 du 17 juillet 2008).

**4.2** En l'espèce, l'enregistrement du recourant a été refusé au motif que les actes de défaut de biens émis à son encontre l'avaient été pour une somme allant bien au-delà de la limite arrêtée par la pratique de l'autorité inférieure, soit Fr. 30'000.-. En revanche, la question de savoir si l'existence d'actes de défaut de biens émis à l'encontre du recourant constituait un danger pour les preneurs d'assurance n'a nullement été examinée. Les circonstances ayant entouré leur émission n'ont pas non plus été prises en compte.

Dans sa réponse au recours, l'OFAP s'est déclaré prêt à réexaminer le cas du recourant à la lumière de la jurisprudence présentée ci-dessus et a, ainsi, conclu à l'annulation de la décision attaquée ainsi qu'au renvoi de la cause. Il ressort de ce qui précède que l'autorité inférieure entend reconsidérer sa décision ; il n'en demeure pas moins qu'elle ne s'y est, pour l'heure, pas formellement attelée si bien que la décision entreprise, loin d'être devenue sans objet, s'avère toujours d'actualité.

**4.3** Dès lors que la Cour de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de l'art. 185 let. c OS avec la liberté économique garantie par le droit constitutionnel, point n'est besoin d'approfondir plus avant cette question. En effet, il a déjà été admis qu'une application stricte de dite disposition – négligeant d'examiner la possibilité d'un danger concret pour le preneur d'assurance et les

circonstances entourant le prononcé d'actes de défaut de biens – contrevenait effectivement au principe de la proportionnalité. Or, en l'espèce, l'autorité inférieure a précisément omis d'apprécier ces éléments. En conséquence, il y a lieu de constater que la décision entreprise reposant sur une application rigoureuse de l'art. 185 let. c OS se révèle contraire à l'art. 27 Cst.

## **5.**

Il résulte des considérants précédents que la décision entreprise viole le droit fédéral (art. 49 PA). Bien fondé, le recours doit en conséquence être admis dans le sens des conclusions prises à titre subsidiaire et la décision attaquée annulée. Cela étant, dans la mesure où l'autorité inférieure ne s'est pas exprimée quant aux circonstances ayant entouré l'émission des actes de défaut de biens émis à l'encontre du recourant ni dans dite décision ni dans sa réponse au recours, il n'est pas possible pour l'autorité de céans d'admettre sans autre la demande d'enregistrement du recourant au registre des intermédiaires d'assurance. Il convient dès lors de renvoyer la cause à l'autorité inférieure afin qu'elle rende une nouvelle décision.

## **6.**

**6.1** Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

Le recourant ayant obtenu gain de cause, il y a lieu de lui rembourser l'avance de frais de Fr. 1'500.- perçue le 5 mai 2008.

**6.2** L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). La partie qui obtient gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat

(art. 9 al. 1 let. a FITAF) lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 FITAF).

En l'espèce, la défense du recourant a nécessité les services d'un avocat dûment mandaté par procuration à cet effet et a impliqué un double échange d'écritures. En tenant compte du barème précité, une indemnité de Fr. 2'500.-, TVA comprise, est ainsi équitablement allouée au recourant à titre de dépens pour la procédure de recours. Ces dépens sont mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 64 al. 2 PA).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis dans le sens des conclusions prises à titre subsidiaire.

**2.**

La décision est annulée et la cause est renvoyée à l'Office fédéral des assurances privées afin qu'il rende une nouvelle décision.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

**4.**

L'avance sur les frais présumés de la procédure de Fr. 1'500.- sera restituée au recourant dès l'entrée en force du présent arrêt.

**5.**

L'Office fédéral des assurances privées est astreint à verser au recourant une indemnité de Fr. 2'500.- (TVA comprise) à titre de dépens.

**6.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire ; annexe : formulaire « Adresse de paiement »)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. H025-0126 ; 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition : 15 janvier 2009