

Circulaire 2010/3

« Assurance-maladie selon la LCA » – révision partielle

Rapport sur les résultats de l'audition qui a eu lieu du 1^{er} septembre 2020 au 2 novembre 2020

6 mai 2021

Table des matières

Éléments essentiels	3
1 Introduction	4
2 Prises de position reçues	4
3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA	5
3.1 Limitation des marges du résultat technique (Cm 8)	5
3.2 Baisse exigée en cas de résultat technique élevé (Cm 9).....	6
3.3 Limitation des répartitions dans les tarifs (Cm 30 et 32 à 34).....	7
3.4 Transparence des conditions d'assurance (Cm 31)	9
3.5 Réductions (Cm 36)	10
3.6 Limitation des réductions techniquement injustifiées (Cm 37 à 37.5)	10
3.7 Adaptation de tarifs dans le cadre du renchérissement exogène (Cm 38 à 39.2)	12
3.8 Hausses de tarifs dépassant le renchérissement exogène (Cm 39.3 à 44)	14
3.9 Dispositions transitoires	16
3.9.1 Disposition transitoire concernant le Cm 31 (Cm 75)	16
3.9.2 Disposition transitoire concernant les Cm 37 à 37.3 et 37.5 (Cm 76).....	17
3.10 Autres prises de position (renchérissement exogène).....	17
4 Conséquences	18
5 Étapes suivantes.....	19

Éléments essentiels

1. L'introduction des prescriptions relatives à la transparence quant à l'évolution des primes avec l'âge a rencontré une large adhésion.
2. La renonciation à la possibilité de procéder à des adaptations extraordinaires des tarifs a fait l'objet de controverses. La FINMA ne partage pas les craintes selon lesquelles cette renonciation entraînerait d'éventuels risques d'insolvabilité ou des subventions croisées entre les produits, car des hausses de tarif dépassant le renchérissement exogène sont autorisées en cas de pertes mettant en danger la solvabilité de l'entreprise d'assurance concernée.
3. La clause d'exception qui prévoit, dans le cas de portefeuilles fermés bénéficiant d'un droit de passage à un produit suffisamment équivalent, que les adaptations de tarifs ne sont pas limitées au renchérissement exogène, n'est pas abrogée, mais reformulée. Les conditions d'applicabilité sont précisées dans le sens de la protection des preneurs d'assurance dans les portefeuilles fermés.
4. La limitation du résultat technique des produits d'assurance-maladie complémentaire est une pratique établie depuis longtemps qui, jusqu'ici, n'a été contestée dans aucun cas d'espèce. Elle garantit la protection contre les abus tarifaires et l'égalité de traitement des entreprises d'assurance et des assurés. Cette pratique est maintenue et est consignée dans la circulaire.
5. Pour des raisons de transparence, la FINMA transpose dans sa circulaire la récente pratique établie par le Tribunal fédéral sur les inégalités de traitement importantes. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que l'art. 117 al. 2 OS, qui proscrit les inégalités de traitement importantes et juridiquement ou actuariellement injustifiables des assurés dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, est couvert par la notion d'abus fixée dans la LSA et peut se fonder sur la norme de délégation de l'art. 31 LSA.
6. La circulaire 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA » révisée entre en vigueur le 1er juin 2021.

1 Introduction

Du 1^{er} septembre au 2 novembre 2020, la FINMA a mené une audition publique relative à la révision partielle de sa circulaire 2010/3 « Assurance-maladie selon la LCA ».

Cette révision partielle a été rendue nécessaire par deux arrêts du Tribunal fédéral qui redéfinissent la jurisprudence concernant d'une part les portefeuilles fermés¹, et d'autre part la concrétisation du caractère important en matière d'inégalité de traitement². La révision vise à apporter de la transparence et de la sécurité juridique dans ces domaines.

Ainsi, la notion d'inégalité de traitement importante selon l'art. 117 al. 2 de l'ordonnance sur la surveillance (OS ; RS 961.011) est concrétisée et quantifiée, ce qui doit permettre aux entreprises d'assurance de traiter de manière claire et compréhensible cette disposition lors de l'octroi d'avantages pécuniaires (réductions).

Ensuite, le cadre régissant les hausses tarifaires au-delà du renchérissement exogène dans les portefeuilles fermés est précisé dans le sens de la protection contre les abus tarifaires. La condition d'applicabilité est que le passage vers un portefeuille ouvert ne préterite aucun des assurés, que ce soit du point de vue des prestations ou du point de vue tarifaire.

En plus de ces adaptations, la pratique existante pour l'examen de requêtes de modifications de tarifs dans l'assurance-maladie complémentaire, y compris le concept de seuils d'intervention et les plages de valeur admissibles pour les tarifs, est intégrée dans la Circ.-FINMA 10/3.

Le présent rapport expose, sous une forme générale et résumée, les avis émis par les participants à l'audition relatifs au projet soumis à audition et commente certaines dispositions lorsque cela se révèle nécessaire. De plus, le rapport se prononce sur la prise de position exprimée par le Surveillant des prix lors de la consultation des unités administratives également intéressées.

2 Prises de position reçues

Les personnes et institutions suivantes (mentionnées par ordre alphabétique) ont participé à l'audition et ne se sont pas opposées à une publication de leur prise de position :

¹ Cf. ATF 4A 627/2015 et ATF 136 I 197.

² Vgl. BGE 2C_717/2017.

- Alma Life, Health and Pension AG
- Association suisse d'assurances
- Association suisse des actuaires
- Assura SA
- Azenes AG
- curafutura
- Helsana Assurances complémentaires SA
- santésuisse

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les participants à l'audition, représentant tous le secteur de l'assurance, ont essentiellement exprimé des craintes au sujet de la révision des dispositions relatives aux adaptations de tarifs, mais aussi en ce qui concerne la limitation des marges des résultats techniques ainsi que l'octroi de réductions de primes. En revanche, les prescriptions relatives à la transparence ont été majoritairement saluées ou non contestées.

Les résultats de l'audition et leur appréciation par la FINMA sont présentés ci-après par thématiques. Sauf indication contraire, les renvois aux chiffres marginaux se réfèrent à la version de la Circ.-FINMA 10/3 qui a été soumise à l'audition.

3.1 Limitation des marges du résultat technique (Cm 8)

Prises de position

Une grande partie des participants à l'audition est d'avis que la définition d'une limite uniforme applicable au résultat technique autorisé pour tous les produits d'assurance-maladie complémentaire est incompatible avec les principes de réglementation visés à l'art. 7 al. 2 de la loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du 22 juin 2007 (LFINMA ; RS 956.01), selon lesquels la FINMA régleme en définissant des principes et en tenant compte des différentes tailles, complexités, structures et activités des assujettis et des risques qu'ils encourent. Alma LHP objecte en outre qu'une limite fixe est en contradiction avec la Circ.-2018/4 « Tarification – prévoyance professionnelle ».

Les représentants du secteur de l'assurance critiquent le fait que la limite, eu égard aux différents risques devant être supportés en fonction de la structure des produits, n'est ni adéquate ni justifiée, d'autant que les autres adaptations envisagées ont pour effet d'accroître le risque d'assurance à assumer.

En outre, les limites ne sont pas jugées tenables en ce qui concerne les nouveaux produits, que ce soit en raison des pertes dues aux frais de gestion plus élevés, ou des bénéficiaires temporairement plus élevés du fait de l'examen de santé.

Appréciation

Dans le cas présent, des notions juridiques imprécises telles que l'abus ou le caractère important (art. 38 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance [LSA ; RS 961.01], art. 117 al. 2 OS) font l'objet d'une interprétation. Non seulement la FINMA est autorisée à interpréter ce type de notions juridiques imprécises, mais une telle interprétation est tout simplement nécessaire et justifiée dans le cadre de l'application du droit qui résulte de l'exercice de son mandat de surveillance. Elle garantit un traitement égalitaire de toutes les personnes concernées et apporte de la transparence sur l'application de la législation sur les marchés financiers et, en particulier, du droit de la surveillance des assurances. Ce faisant, la FINMA agit en conformité avec l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance du 13 décembre 2019 relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers. Le reproche d'un défaut de constitutionnalité ou de légalité n'est donc pas fondé.

Étant donné qu'un résultat technique négatif ne donne pas nécessairement droit à augmenter les tarifs, la limite inférieure ne doit en principe s'appliquer qu'aux nouveaux produits (cf. Cm 39 ss).

Conclusion

Le Cm 8 est maintenu tel quel.

3.2 Baisse exigée en cas de résultat technique élevé (Cm 9)

Prises de position

Les objections émises au sujet du Cm 8 sont valables par analogie pour ce point. L'obligation de réduire le tarif est également jugée problématique du fait qu'il n'y a pas d'obligation d'augmenter le tarif et qu'elle est donc unilatérale. En outre, les participants à l'audition estiment que la réglementation est formulée de façon purement rétrospective et qu'elle n'est pas appropriée pour les nouveaux produits.

La formulation « pour la prochaine échéance possible » manque par ailleurs de clarté et les limites de matérialité ne sont pas définies et, partant, arbitraires.

Appréciation

Les arguments avancés pour le Cm 8 (cf. ch. 3.1) s'appliquent par analogie à l'appréciation des objections formulées ici. Dans ce cas également, des notions juridiques imprécises – l'abus et le caractère important – (art. 38 LSA, art. 117 al. 2 OS) sont concrétisées. Comme cela a déjà été exposé au sujet du Cm 8, la FINMA est autorisée à interpréter des notions juridiques imprécises de cette nature. Le reproche d'un défaut de constitutionnalité ou de légalité n'est donc pas fondé.

Les remarques concernant l'absence de symétrie en relation avec les hausses de primes autorisées et le manque de clarté de la formulation « pour la prochaine échéance possible » sont pertinentes. Le manque de clarté de la formulation concernant la prochaine échéance possible est précisée au sens où la disposition doit être interprétée sous l'angle du droit contractuel. L'existence d'une asymétrie est incontestable, mais elle figure déjà à l'art. 38 LSA, qui définit le critère d'approbation des primes. Les tarifs ne doivent ni être abusivement élevés pour les assurés, ni menacer la solvabilité des entreprises d'assurance. Ainsi, le critère se réfère d'une part aux assurés – et non pas aux assurés dans leur globalité – et d'autre part à l'entreprise d'assurance concernée. Cette asymétrie de niveaux se reflète dans les Cm 9 et 39.3 (cf. ch. 3.8). Le Cm 9 veille à ce que tous les assurés soient protégés contre des tarifs abusifs tandis que le Cm 39.3 tient compte de la protection des entreprises d'assurance contre le risque d'insolvabilité.

Conclusion

La formulation « pour la prochaine échéance possible » est précisée et s'énonce désormais comme suit : « pour la prochaine échéance possible contractuellement ». Pour le reste, la version soumise à audition est conservée.

3.3 Limitation des répartitions dans les tarifs (Cm 30 et 32 à 34)

Prises de position

Les représentants du secteur de l'assurance estiment qu'il existe encore d'autres inégalités de traitement actuariellement injustifiées. De même, ils sont d'avis qu'il existe des produits dans lesquels une répartition est délibérément prévue. Ceux-ci devraient par conséquent être corrigés, ce qui ne serait toutefois plus possible avec l'abrogation prévue des adaptations extraordinaires (cf. Cm 40 ss). Il faudrait également en tenir compte et l'exception devrait être étendue à d'autres caractéristiques de tarifs (d'après santé-suisse et, par analogie, Helsana), ou les Cm 33 et 34 devraient être maintenus (selon l'Association suisse d'assurances et curafutura, ainsi que selon l'Association suisse des actuaires pour les produits existants).

D'après les représentants du secteur de l'assurance, le terme « famille » n'est pas précis et doit donc être défini. Pour Alma LHP, Helsana et l'Association suisse des actuaires, il convient de préciser, pour des raisons de cohérence, que l'exception ne s'applique pas qu'au Cm 30 mais également aux Cm 37 ss.

Appréciation

Comme soutenu dans les prises de position, il doit être licite que des caractéristiques de risque ne soient pas prises en compte dans le tarif ou qu'elles ne le soient que partiellement. Une adaptation complète au risque n'est ni possible ni absolument souhaitable. Par conséquent, il est renoncé à abroger les Cm 32 et 33. La formulation du Cm 32 est précisée sans que la teneur matérielle n'en soit modifiée. L'expression « composante de répartition », définie dans le glossaire, a été utilisée au lieu du terme imprécis de répartition. L'abrogation du Cm 34 est maintenue car la possibilité de révisions tarifaires selon les Cm 40 ss est supprimée.

Les exceptions explicites concernant les enfants, les jeunes adultes et les familles sont conservées. Elles ne sont pas superflues, bien que les Cm 32 et 33 actuels soient conservés, car non seulement une absence de prise en compte ou une prise en compte partielle de ces caractéristiques doit être possible, mais aussi un traitement préférentiel explicite de ces portefeuilles. L'exception est désormais mentionnée au Cm 30. Pour des raisons de cohérence, il est en outre précisé que l'exception s'applique également aux Cm 37 ss.

Il est décidé de ne pas préciser le terme « famille ». Il incombe à l'entreprise d'assurance de définir précisément dans ses bases contractuelles les cas dans lesquels des réductions pour familles sont octroyées et de préciser les membres de la famille qui sont censés en bénéficier. La FINMA attend des entreprises d'assurance qu'elles définissent la notion de famille en se référant au moins par analogie au terme « famille » tel qu'il est esquissé dans la Constitution fédérale (CF ; RS 101), autrement dit sans y déroger arbitrairement (art. 41 al. 1 let. c CF : « familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants »).

Conclusion

Il est renoncé à abroger les Cm 32 et 33 actuels. Cela doit garantir la possibilité de ne pas opérer de distinction tarifaire en fonction de certaines caractéristiques de risque ou de ne le faire que partiellement. La formulation du Cm 32 est précisée. L'abrogation du Cm 34 est maintenue.

Il est précisé au Cm 30 que les exceptions concernant les enfants, les jeunes adultes et les familles s'étendent aux Cm 37 ss.

3.4 Transparence dans les conditions d'assurance (Cm 31)

Prises de position

La majorité des participants à l'audition saluent la transparence apportée au niveau des conditions d'assurance. Certains demandent toutefois que la formulation du Cm 31 soit suffisamment claire pour éviter toute difficulté d'interprétation. Ils estiment notamment nécessaire de préciser que les différences de primes concrètes ne doivent pas obligatoirement être mentionnées.

D'après Alma LHP, il manque une base légale pour les exigences de cette nature en matière de transparence.

Appréciation

Le Conseil fédéral stipulait déjà, dans le message du 5 mai 1976³ concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées que l'une des tâches de l'autorité de surveillance consiste à protéger les assurés notamment contre une rédaction inadéquate des conditions générales, dont ils ne sont pas en mesure de saisir la portée. Cette tâche de l'autorité de surveillance est toujours inscrite dans la LSA qui, depuis, a été entièrement révisée, en tous les cas lorsque les CGA restent soumises à approbation. Par exemple, il est possible qu'un(e) jeune client(e) qui n'a pas d'expérience en matière d'assurance ignore qu'une prime d'assurance – hormis le renchérissement exogène – peut par la suite augmenter considérablement du seul fait de l'âge. La portée des CGA sur ce point n'est pas toujours évidente pour la clientèle, raison pour laquelle il paraît justifié de prévoir une exigence correspondante en matière de transparence.

Au reste, l'entreprise d'assurance est naturellement libre d'intégrer des précisions supplémentaires dans les CGA au titre de la transparence, telles que des différenciations de primes concrètes entre les classes d'âge ou un coefficient indiquant la différence entre la prime pour adultes la plus basse et la plus élevée.

Conclusion

La FINMA estime que la base légale pour cette disposition relative à la transparence existe. La mention de différences de primes concrètes dans les CGA est laissée à la libre appréciation des entreprises d'assurance et n'est donc pas obligatoire. Cela étant précisé dans le présent rapport sur les résultats de l'audition, il n'est pas nécessaire de compléter le Cm 31. La version soumise à audition reste donc inchangée.

³ FF 1976 II 851, 870.

3.5 Réductions (Cm 36)

Prises de position

L'Association suisse des actuaires, l'Association suisse d'assurances et curafutura mettent en avant le fait que l'affectation de coûts de conclusion ou d'administration aux produits repose sur des méthodes économiques et non pas en premier lieu sur des méthodes actuarielles. Ils estiment que la disposition doit être complétée en conséquence.

Conclusion

La proposition de compléter la disposition est acceptée. Il est précisé au Cm 36 que des coûts de conclusion ou d'administration plus bas démontrables « au moyen de méthodes actuarielles ou économiques reconnues » peuvent être invoqués pour justifier une réduction.

3.6 Limitation des réductions techniquement injustifiées (Cm 37 à 37.5)

Prises de position

L'Association suisse d'assurances, curafutura et, en substance, santésuisse, avancent que la limite de 10 % pour les réductions de primes injustifiées est trop étroite pour une assurance privée et devrait tout au plus constituer une valeur indicative ; elles estiment que l'exception doit être possible. Le caractère important doit selon la jurisprudence être vérifié dans chaque cas individuel, ce en quoi le Tribunal fédéral a laissé une marge de manœuvre importante aux entreprises d'assurance.

Les associations d'assureurs ainsi que Helsana contestent le caractère approprié du critère visé au Cm 37.3. Le cadre réduit fixé au Cm 37.2 évite déjà des subventions croisées par les assurés qui ne bénéficient pas des réductions, d'autant plus que la FINMA n'approuverait pas une hausse de primes sans que les réductions ne soient d'abord supprimées.

Selon les associations, la disposition présentée a en outre pour conséquence que des rabais devraient être supprimés pour les produits qui seraient devenus déficitaires, ce qui entraînerait une inégalité de traitement importante.

L'applicabilité du Cm 37.4 leur paraît également discutable. Les réductions ne doivent pas être vérifiées chaque année, mais uniquement à intervalles réguliers, afin que la stabilité des tarifs vis-à-vis des clients soit garantie. Des dépassements temporaires de la limite sont par ailleurs inévitables.

La plupart des participants à l'audition sont d'avis que la FINMA ne doit pas avoir d'influence sur les réductions qui sont gérées en dehors du résultat technique et qui sont par conséquent financées par les capitaux propres. De telles réductions doivent être autorisées sans limitation, sans compter qu'il ne serait guère praticable d'inscrire chaque cadeau publicitaire en tant que caractéristique tarifaire.

Helsana fait valoir que l'art. 35a P-LCA prévoit une durée minimale de trois ans. La FINMA ne doit pas exercer une contrainte indirecte envers les entreprises d'assurance pour qu'elles fixent une durée de contrat d'un an. Les réductions octroyées pour une durée minimale de trois ans doivent être déclarées autorisées.

En outre, il est demandé que les inégalités de traitement selon le Cm 32 ne soient pas concernées par cette disposition (cf. ch. 3.3).

Appréciation

Les arguments de la FINMA concernant l'admissibilité de la fixation d'une marge concrète (cf. ch. 3.1) s'appliquent ici par analogie à la fixation d'une limite pour des abus résultant d'une inégalité de traitement.

La source de financement des réductions est insignifiante à cet égard. Il n'est pas opéré de distinction selon que les réductions sont comptabilisées dans le résultat technique ou en dehors ; l'arrêt du Tribunal fédéral n'admet aucune autre conclusion (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_717/2017 du 25 novembre 2019, consid. 5.4) :

« Il en résulte notamment que l'octroi de rabais pour des considérations commerciales aux fins d'acquérir de nouveaux clients est compatible avec l'art. 117 al. 2 OS pour autant que ces rabais ne fondent pas des inégalités de traitement importantes, juridiquement et actuariellement injustifiables, entre les assurés. » (Traduction libre)

Les réductions injustifiées doivent rester une exception. Dans le cas contraire, l'examen des tarifs inscrit dans la loi sur la surveillance des assurances serait de facto rendu inopérant et le risque de subvention croisée par les assurés qui ne bénéficient pas des réductions serait trop élevé.

L'observation de la limite fixée pour les réductions peut néanmoins engendrer des difficultés d'application. C'est la raison pour laquelle le Cm 37.3 est modifié en ce sens que les conditions doivent être remplies initialement et que, dès lors qu'elles ne le sont plus durablement, les réductions doivent être corrigées.

En outre, la locution adverbiale « en permanence » utilisée au Cm 37.4 est supprimée afin de faciliter la mise en œuvre de ces dispositions.

En ce qui concerne les adaptations de tarif, il convient de préciser qu'une adaptation des tarifs au renchérissement exogène reste possible même si des réductions actuariellement injustifiées sont octroyées. En revanche, cela ne doit pas s'appliquer aux adaptations effectuées dans le cadre du Cm 39.3.

La crainte exprimée quant à la durée minimale selon l'art. 35a P-LCA n'est pas fondée. Un contrat d'assurance d'une durée minimale de trois ans reste possible même si les réductions ou les contrats-cadres y relatifs peuvent être adaptés chaque année.

Dans un souci de clarté et de cohérence, il est précisé que les exceptions pour les enfants, les jeunes adultes et les familles s'appliquent également aux Cm 37 à 37.5 (cf. Cm 30).

Conclusion

La version soumise à audition est maintenue sur le fond. Les conditions de respect de la limite définies aux Cm 37.3 et 37.4 sont adaptées. Concrètement, le Cm 37.3 est complété comme suit : « Les conditions doivent être remplies initialement. Si elles ne sont plus remplies durablement, les réductions doivent être corrigées. » La locution adverbiale « en permanence » utilisée au Cm 37.4 est supprimée.

3.7 Adaptation de tarifs dans le cadre du renchérissement exogène (Cm 38 à 39.2)

Prises de position

L'abrogation de la clause d'exception qui précise, pour les portefeuilles fermés prévoyant un droit de passage équivalent suffisant, que les adaptations de tarifs ne sont pas limitées au renchérissement exogène est considérée par les représentants du secteur de l'assurance comme arbitraire et contraire à la jurisprudence.

Ils sont d'avis qu'avec le droit de passage il est déjà suffisamment tenu compte de la protection des assurés des portefeuilles fermés contre les primes excessives. L'abrogation de la clause entraîne selon eux des subventions croisées et, par conséquent, des inégalités de traitement ou un risque financier important, susceptible de menacer l'existence de l'entreprise d'assurance. En outre, ils jugent qu'il manque une analyse d'impact.

L'Association suisse des actuaires estime par ailleurs que la distinction établie selon l'actuel Cm 38 entre des produits aussi équivalents que possible pour un droit de passage et des produits au moins équivalents pour des adaptations de tarifs n'est pas défendable.

D'après Azenes, l'Association suisse des actuaires, Helsana et santésuisse, l'interdiction de procéder à des hausses de tarif en cas de dépassement de la marge autorisée lors de l'exercice précédent (cf. Cm 39.1) n'est actuariellement pas concevable. Selon eux, une évaluation effectuée sur la seule base du résultat de l'exercice précédent est discutable. Une vision prospective serait appropriée.

Pour le secteur de l'assurance, le Cm 39.2 n'est pas applicable car arbitraire et peu clair. Ils sont d'avis que la FINMA ne dispose en outre pas d'informations suffisantes pour procéder à des corrections et évaluer leur impact.

Appréciation

Dans les prises de position concernant l'abrogation de la clause d'exception pour les portefeuilles fermés, il est trop peu question des obligations contractuelles auxquelles les entreprises d'assurance se sont engagées en concluant des contrats d'assurance à long terme. Le preneur d'assurance conclut un contrat avec la garantie qu'il peut rester assuré toute sa vie. Augmenter les primes au seul motif d'amener les preneurs d'assurance à modifier le contrat serait abusif.

Il ne faut pas non plus négliger le fait que la fermeture d'un produit est une décision qui incombe à l'entreprise d'assurance. Il serait également abusif que le preneur d'assurance soit préterité (sur le plan des tarifs) suite à une décision de l'entreprise d'assurance. L'octroi d'un droit de passage n'y change rien.

La clause d'exception était seulement prévue pour les cas où les preneurs d'assurance ne seraient pas désavantagés, que ce soit sur le plan des tarifs ou des prestations, avec l'exercice du droit de passage.

Sur le plan des prestations, on observe dans certains cas que les preneurs d'assurance qui passent à un autre produit ne sont, dans l'ensemble, pas désavantagés. Cela ne se vérifie toutefois souvent plus pour les preneurs d'assurance considérés individuellement.

Sur le plan tarifaire, il importe que les primes du produit fermé et celles du produit vers lequel un droit de passage est garanti soient comparées non seulement au moment du transfert, mais aussi sur l'ensemble de la durée restante du contrat.

Dans ce contexte, la clause d'exception ne peut être appliquée que dans de très rares cas. La FINMA en avait prévu l'abrogation. Il ne peut cependant être exclu que cette clause puisse, en fonction des évolutions, se révéler opportune dans certains cas. Aussi est-il renoncé à l'abroger. Elle est, au lieu de cela, maintenue dans un libellé remanié au Cm 39.

Les conditions d'applicabilité de la clause d'exception y sont définies de manière transparente et l'ampleur, le cas échéant admissible, du dépassement du renchérissement exogène y est réglée.

Il y est spécifié que les conditions doivent être remplies pour chacun des assurés de l'effectif. Le cadre du dépassement du renchérissement exogène est également défini. Seules les charges administratives plus élevées, liées à l'exploitation parallèle de plusieurs produits, peuvent être prises en compte.

Le Cm 39.1, selon lequel une augmentation de tarif n'est pas autorisée si le résultat du dernier exercice dépasse la limite de 10 %, est également critiqué. Il est incontestable qu'il n'est pas possible d'avoir une idée totalement fiable de l'évolution d'un produit sur la base d'une seule année. Néanmoins, cela doit être interprété comme un signe selon lequel la nécessité d'une augmentation de tarif n'est pas nécessairement établie. À cet égard, il convient de noter que les entreprises d'assurance ont chaque année la possibilité de déposer une demande d'adaptation des tarifs. S'il devait se révéler que le résultat exceptionnellement positif de l'exercice précédent était un cas aberrant, il y aurait la possibilité d'adapter le tarif une année plus tard.

Dans leurs prises de position, les participants à l'audition expriment leur crainte que la FINMA procède à des corrections des résultats techniques en méconnaissance des faits et, partant, de façon arbitraire. Cette crainte n'est pas fondée dans la mesure où la FINMA devrait systématiquement informer la requérante concernée au cas où une correction serait déterminante pour la décision. Le maintien de cette disposition est nécessaire pour que, en cas de coûts d'administration ou de fluctuations de provisions extraordinaires, les limites existant pour les adaptations de tarifs ne soient pas invalidées.

Conclusion

La clause d'exception pour les produits fermés avec droit de passage est reformulée au Cm 39. Les autres dispositions des Cm 38 à 39.2 du projet soumis à audition ne sont pas modifiées.

3.8 Hausses de tarifs dépassant le renchérissement exogène (Cm 39.3 à 44)

Prises de position

Le secteur de l'assurance juge le Cm 39.3 trop restrictif. Il paraît presque exclu qu'une adaptation supérieure au renchérissement exogène puisse exceptionnellement être autorisée.

Selon les représentants du secteur, la menace d'insolvabilité existant au niveau du porteur de risque n'est pas un critère approprié car elle ne permet de tirer aucune conclusion sur les produits considérés individuellement. Ce sont les facteurs exogènes, dont les conséquences en cas de modification ne sont pas calculables à l'avance, qui peuvent nécessiter une hausse de tarif dépassant le renchérissement exogène.

La raison pour laquelle la possibilité de procéder à des adaptations de tarif extraordinaires doit être abandonnée n'est pas claire. L'abrogation du Cm 41, en particulier, met en danger le marché de l'assurance car les entreprises d'assurance ne pourraient agir qu'une fois qu'un risque d'insolvabilité se manifeste.

L'abrogation des Cm 40 ss rend impossible le rétablissement de la conformité des tarifs au risque qu'exige le Cm 31.

Il existe des variantes de réglementation conformes à l'art. 38 LSA mais qui vont moins loin ; la réglementation présentée n'est donc pas compatible avec l'art. 7 al. 2 LFINMA.

Appréciation

La FINMA ne partage foncièrement pas l'avis exprimé dans les prises de position selon lequel la version du Cm 39.3 soumise à audition est trop restrictive et, à certains égards, contre-productive.

Une adaptation de tarifs dépassant le renchérissement exogène doit rester l'exception. Les risques qui forment le cœur de l'activité d'assurance ne doivent pas être répercutés sur les preneurs d'assurance par le biais d'adaptations de tarif.

Avec cette règle, il faut s'attendre à ce que les produits qui connaissent une évolution déficitaire continuent d'afficher des pertes. Globalement, ces pertes sont supportables pour les entreprises d'assurance. La valeur actuelle des pertes futures des produits pour lesquels les provisions de vieillissement disponibles ajoutées aux primes futures ne parviennent pas à couvrir les prestations futures est estimée à 3 % à peine de la valeur actuelle des primes de la totalité des produits d'assurance-maladie complémentaires. Compte tenu des volumes respectifs, les pertes totales pourraient être couvertes par les marges autorisées pour le reste de l'effectif. Cette estimation repose sur les résultats des produits des exercices 2018 et 2019 et ne tient compte ni de l'applicabilité du Cm 39.3, ni des provisions de sécurité et pour fluctuations constituées.

Il s'agit toutefois d'une vue d'ensemble. Au niveau des entreprises d'assurance considérées individuellement, la situation peut être plus aiguë. Il convient néanmoins de noter à cet égard qu'en cas de pertes attendues mettant

en danger la solvabilité d'une entreprise d'assurance, la réglementation prévue au Cm 39.3, qui prévoit la possibilité d'une adaptation de tarif dépassant la mesure du renchérissement exogène, s'appliquerait.

Le critère de l'imprévisibilité des évolutions dans l'assurance-maladie complémentaire comme condition d'adaptation de tarif dépassant le renchérissement exogène n'est pas retenu. La question de savoir si une évolution déterminée aurait pu ou dû être prévue ne peut souvent trouver qu'une réponse trop peu objective.

Conclusion

Le Cm 39.3 est maintenu sur le fond. Le critère de l'imprévisibilité des évolutions dans l'assurance-maladie complémentaire pour justifier une hausse dépassant le renchérissement exogène n'est pas retenu.

3.9 Dispositions transitoires

Prises de position

Plusieurs participants à l'audition ont souhaité la formulation de dispositions relevant du droit transitoire notamment en ce qui concerne les répartitions dans les tarifs selon les Cm 32 et 33 (Helsana et l'Association suisse d'assurances) ainsi que le respect des dispositions sur les réductions injustifiées (demandes de santésuisse et d'Helsana).

Appréciation

La demande paraît fondamentalement justifiée, car il existe des CGA et d'autres bases contractuelles qui ne sont probablement plus conformes à certains chiffres marginaux de la présente révision de la circulaire. Il est donc justifié de prévoir une adaptation des CGA et de définir une réglementation pour les contrats dans le cadre desquels ont été convenues des réductions qui ne sont plus compatibles avec les chiffres marginaux révisés.

3.9.1 Disposition transitoire concernant le Cm 31 (Cm 75)

L'adoption de dispositions transitoires dans les cas où les bases contractuelles, notamment les CGA, doivent être adaptées correspond à un souhait exprimé par plusieurs participants à l'audition. L'inscription d'un délai permet de garantir qu'à partir du 1^{er} janvier 2023 au plus tard, seules des CGA répondant aux exigences de transparence définies au Cm 31 seront utilisées pour les conclusions de contrats.

La situation au regard du droit civil détermine si et dans quelle mesure les CGA ainsi modifiées peuvent être intégrées dans les contrats d'assurance

en cours. Le cas échéant, une intégration des CGA modifiées dans les contrats d'assurance en cours est possible même sans le consentement exprès des preneurs d'assurance si l'adaptation peut être considérée comme étant purement en leur faveur (art. 6 du Code des obligations ; RS 220) ; dans le cas contraire, leur consentement exprès est requis. La décision concernant l'application de la procédure d'adaptation du contrat dans le respect du droit civil relève de la responsabilité de l'entreprise d'assurance.

3.9.2 Disposition transitoire concernant les Cm 37 à 37.3 et 37.5 (Cm 76)

Lors de l'entrée en vigueur de la circulaire révisée, il y aura probablement sur le marché de nombreuses réductions qui auront certes été conclues valablement, mais qui devront être adaptées conformément aux Cm 37 à 37.3. Pour ces réductions, il faut prévoir une adaptation conformément à la mesure autorisée, qui tient compte des obligations de chaque entreprise d'assurance au regard du droit civil. En conséquence, il est précisé, en ce qui concerne les réductions existantes, qu'elles ne peuvent pas être augmentées au-delà de la mesure autorisée. Il va de soi qu'aucune nouvelle réduction excédant la mesure autorisée ne peut être convenue contractuellement à partir de la date d'entrée en vigueur de la révision. Aussi cela n'est-il pas expressément mentionné.

Conclusion

Des dispositions transitoires sont intégrées afin de régler tant l'adaptation de bases contractuelles que le sort des réductions qui ne sont plus compatibles avec les modifications correspondantes de la circulaire.

3.10 Autres prises de position (renchérissement exogène)

Prises de position

Pour les représentants de l'industrie de l'assurance, la détermination et la prise en compte d'un renchérissement uniforme sur le marché sont inadéquates et en contradiction avec la tarification conforme aux risques. Ils estiment que le renchérissement exogène doit être mesuré et pris en compte en fonction des produits.

En outre, pour les produits admettant une répartition temporelle (avec tarif en fonction de l'âge d'entrée, tarif en fonction de l'âge effectif ou forme mixte), l'adaptation des tarifs doit être effectuée en tenant compte du principe d'équivalence car pour ces produits le renchérissement entraîne un besoin supplémentaire en provisions.

Ils sont également d'avis que, d'une manière générale, une adaptation des tarifs doit également être possible en cas de renchérissement dû à la modification de portefeuilles (demande formulée par Helsana), à l'évolution des coûts d'administration et lorsque des produits réalisent des marges inférieures à la marge maximale autorisée (demande de curafutura et de l'Association suisse d'assurances)

Appréciation

La définition du renchérissement exogène ne faisait pas l'objet de l'audition. La FINMA ne voit dans ces prises de position aucun argument qui devrait donner lieu à une modification de cette définition.

Conclusion

La demande de précision de la définition du renchérissement exogène n'est pas prise en compte.

4 Prise de position du Surveillant des prix dans le cadre de la consultation des unités administratives également intéressées

Prise de position

Le Surveillant des prix recommande de modifier le Cm 8 de la circulaire dans le sens d'une réduction de la limite supérieure du résultat technique admissible, de manière à ce que pour tous les contrats elle n'excède pas un maximum de 5 pour cent des recettes de primes sur la base des primes contractuelles. Par suite, un tarif devrait être baissé lorsque le résultat technique, en moyenne sur les trois dernières années, atteint au moins 7,5 pour cent des recettes de primes déterminées sur la base des primes contractuelles.

Appréciation

La FINMA ne peut, dans ce cadre, donner suite à la recommandation du Surveillant des prix, car cela constituerait un changement et un durcissement de la pratique.

Conclusion

La recommandation de réduire de moitié le niveau du résultat technique admissible et du seuil d'intervention pour les exigences de baisses de tarifs n'est pas suivie.

5 Conséquences

Les considérations qui suivent se réfèrent aux conséquences des modifications introduites suite à l'audition. Pour le reste, il convient de se référer à l'analyse d'impact figurant dans les explications.

Avec la limitation conséquente des adaptations de primes au renchérissement exogène, il faut s'attendre à ce que les produits qui connaissent une évolution déficitaire continuent d'afficher des pertes. Ces pertes devraient toutefois être supportables dans l'ensemble pour les entreprises d'assurance ; qui plus est, le Cm 39.3 s'appliquerait en cas de pertes mettant en danger la solvabilité de la société d'assurance concernée et donnerait la possibilité de procéder à des adaptations dépassant le renchérissement exogène.

La modification des Cm 37.3 et 37.4 doit rendre plus simple pour les assureurs la mise application des limitations des réductions injustifiées qui résultent de la concrétisation de l'inégalité de traitement importante. Cela s'applique par analogie aux répartitions dans les tarifs, puisqu'il est décidé de ne pas supprimer les Cm 32 et 33. Le transfert du concept des seuils d'intervention (y compris la limitation de la marge autorisée) dans la circulaire n'a sur le fond aucun effet pour les assujettis car ce concept est déjà établi dans la pratique de la FINMA.

6 Étapes suivantes

Les modifications de la circulaire FINMA 10/3 « Assurance-maladie selon la LCA » entrent en vigueur le 1er juin 2021.