



Arrêt du 31 octobre 2016

Composition

Jean-Luc Baechler (président du collège),
Francesco Brentani, Eva Schneeberger, juges,
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

1. **A.** _____ **SA**,
2. **B.** _____ **SA**,
3. **C.** _____ **SA**,
toutes représentées par Maître Eric Alves de Souza, avocat,
recourantes,

contre

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

Objet

Violations graves du droit de la surveillance, mesures.

Faits :**A.**

D._____ est une association regroupant plusieurs sociétés d'assurance dont A._____ SA (ci-après : A._____), Groupe C._____ SA (ci-après : C._____) et B._____ SA (ci-après : B._____). Les membres de D._____ lui sont liés par des conventions de services qui leur permettent d'externaliser leurs activités auprès d'elle, les sociétés affiliées n'ayant pas – comme notamment A._____ et B._____ – ou peu comme C._____ – d'employés propres. D._____ se trouve de cette manière au centre d'un groupe de sociétés actives dans divers domaines d'assurance (ci-après : le Groupe). Elle est dirigée par un comité dont faisaient partie E._____, F._____ et G._____ qui en ont démissionné en septembre 2014. Au moment du prononcé de la décision attaquée, les actions de A._____ étaient détenues à 100 % par N._____, celles de B._____ appartenaient aux fondations J._____, K._____, L._____ ainsi que M._____, tandis que N._____ possédait 79.3 % des actions de C._____, le reste appartenant à des membres du conseil d'administration et de la direction dont E._____, F._____ et G._____. Ces derniers faisaient partie des conseils d'administration des trois sociétés jusqu'à leur démission en septembre 2014 ainsi que des conseils de toutes les fondations précitées jusqu'au 15 août 2015 à l'exception de celui de N._____ duquel ils ont démissionné avec effet au 25 juin 2015.

B.

En 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA a effectué un contrôle approfondi de D._____, A._____, B._____ et C._____ ; elle leur a présenté ses constatations sur lesquelles D._____ a pris position par courrier du 6 mars 2014. Le 31 mars 2014, la FINMA a ouvert une procédure d'*enforcement* à l'encontre de A._____, C._____ et B._____ pour soupçon de violation du droit de la surveillance et leur a ordonné de prendre des mesures afin de s'y conformer. Par décision du 4 avril 2014, la FINMA a nommé H._____ et I._____ en tant que chargés d'audit pour examiner le fonctionnement de D._____, A._____, C._____ et B._____. Il ressort du rapport rendu par I._____ que A._____ et B._____ avaient appliqué dans un certain nombre de contrats des tarifs déviant de ceux approuvés par la FINMA ; I._____ a également constaté un contrôle insuffisant des conflits d'intérêts en lien notamment avec la rémunération des membres du conseil d'administration et de la direction des sociétés estimant en outre lacunaire leur système de gouvernance d'entreprise. Dans la série de

rapports rendus par H._____, il est notamment confirmé que le système de rémunération présentait des défauts du point de vue de la gouvernance d'entreprise voire de la législation applicable ; il y est également constaté que les nominations de proches de E._____ à des fonctions dirigeantes auprès de D._____ et des recourantes avaient été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises ; il en ressort aussi que de nouveaux membres avaient été élus au comité de D._____ et aux conseils d'administration des recourantes ; enfin, il y est relevé que plusieurs règlements avaient été adoptés dans le but d'améliorer la gouvernance d'entreprise et la gestion des conflits d'intérêts. H._____ a en outre indiqué que E._____ pouvait dans les faits avoir cumulé les fonctions de président de comité ou de conseil d'administration et de directeur mais que ce fait ne pouvait être établi avec certitude.

C.

Dans leur prise de position du 26 février 2015 sur les rapports des chargés d'enquête que la FINMA leur avait transmis, les recourantes ont déclaré que l'ensemble des mesures urgentes pour le rétablissement de l'ordre légal avaient été exécutées ; les contrats-cadres comportant un tarif non approuvé avaient été résiliés pour le prochain terme tandis que les primes trop perçues avaient été remboursées. Des améliorations avaient été apportées – ou allaient l'être – aux systèmes de gouvernance d'entreprise et de compliance afin de remédier aux insuffisances en matière de politique de rémunération et de gestion des risques. Les recourantes ont indiqué que E._____, F._____ et G._____ avaient été remplacés dans le comité de D._____ et dans leurs conseils d'administration respectifs. Elles ont ajouté que la répartition des frais généraux avait été jugée cohérente par les chargés d'audit, que l'égalité de traitement entre assurés n'avait pas été violée et qu'une double activité de président et de directeur n'avait pas été établie. Les recourantes ont conclu à la clôture de la procédure d'*enforcement* sans que d'autres mesures ne soient prononcées.

D.

Dans sa décision du 26 juin 2015, la FINMA a déclaré que le fonctionnement de D._____ et des entités affiliées soulevait en particulier quatre aspects du droit de la surveillance : l'utilisation de tarifs non approuvés par la FINMA ; le système de rémunération des organes ; les conflits d'intérêts, l'organisation et la gouvernance d'entreprise ; la garantie d'une activité irréprochable.

Selon la FINMA, l'enquête a révélé que A._____ et B._____ avaient conclu de nombreux contrats d'assurance-maladie complémentaire au travers de conventions-cadres appliquant des tarifs déviant de ceux qu'elle avait approuvés dans le cadre du plan d'exploitation des deux sociétés. Il en a résulté des primes trop perçues – touchant entre 2005 et 2014 plus de 45'000 contrats concernant environ 9'000 assurés et portant sur un montant total de 7.8 millions de francs – et des rabais excessifs en lien avec plus de 20'000 contrats atteignant un total de 12.8 millions de francs. Le respect de plan d'exploitation constituant l'élément central et fondateur de toute activité d'assurance permettant la réalisation des buts de la surveillance, cette violation devait être considérée comme grave ce d'autant plus que les entreprises n'auraient pas identifié les tarifs sans l'intervention de la FINMA.

S'agissant de la rémunération des organes, la FINMA a relevé que les contrats de travail liant E._____, F._____ et G._____ à D._____, A._____ et B._____ prévoyaient plusieurs types de rétributions dont des commissions récompensant l'acquisition d'entreprises d'assurance (*success fees*) et des indemnités de départ. E._____ et F._____ ont notamment reçu chacun, à titre de *success fees*, 1.8 millions de francs entre 2001 et 2003 pour l'adhésion de T._____ ; entre 2006 et 2009, 8.6 millions de francs leur ont été versés pour l'adhésion de M._____ ; ils se sont en outre partagé plusieurs primes entre 2001 et 2010 avec d'autres membres de la direction ou du conseil d'administration de A._____, C._____ et B._____. Au total, un montant de plus de 14 millions de francs a été payé par D._____ à des membres des directions et des conseils d'administration des recourantes entre 2001 et 2014. De telles commissions avaient déjà été versées avant 2001. Les indemnités de départ, fixées dans les contrats de travail de F._____ et G._____ depuis 1996 et de E._____ depuis 1998, ont vu leur montant sensiblement augmenté en 2005. Selon la FINMA, E._____, F._____ et G._____ auraient, après avoir démissionné le 31 mars 2014 de leurs fonctions de direction au sein de D._____, A._____ et B._____, réclamé le paiement de leur indemnité de départ à hauteur respectivement de 1'767'987, 492'752 et 431'158 francs.

La FINMA a considéré que les transactions effectuées par ces trois personnes en lien avec des actions de C._____ et A._____ constituaient également une forme de rémunération. Entre 2006 et 2009, D._____ a vendu des actions de C._____ à N._____ ainsi qu'à des membres du comité de D._____ dont E._____ (525 actions), F._____ et G._____ (230 actions chacun). En septembre 2014, après

l'intervention de la FINMA, ceux-ci ont vendu leur participation à N._____ au prix d'achat. En mars 2000, aux côtés de O._____ et P._____, ils ont fondé A._____ dont ils ont souscrit les actions grâce à un prêt octroyé par D._____ à hauteur de 12 millions de francs. Ce prêt a été refinancé par Q._____ en 2003 dans le conseil de fondation de laquelle E._____, G._____ et P._____ formaient la majorité, le premier en étant en outre le président. Un nouveau prêt de 300'000 francs a été consenti par Q._____ à E._____ en janvier 2004 sans base contractuelle écrite selon la FINMA. Après que l'administration fiscale du Valais eût exigé l'annulation des transactions en considérant que D._____ devait être qualifiée d'actionnaire car elle supportait les risques économiques, les fondateurs lui ont cédé leurs actions en 2004.

La FINMA a estimé que E._____ avait conservé un rôle exécutif même après avoir quitté formellement la direction des recourantes en 2008 et ce jusqu'à sa démission comme président exécutif le 31 mars 2014. Si le cumul des fonctions n'était pas forcément interdit par le droit de la surveillance, il ne devait pas exister au détriment d'une bonne gouvernance ; or, selon la FINMA, il a contribué à affaiblir les fonctions de contrôle au sein de A._____, C._____ et B._____.

La FINMA a expliqué que l'organisation des membres de D._____ se caractérisait par l'externalisation des fonctions de gestion auprès de celle-ci en contrepartie de cotisations et d'indemnités. Les chargés d'enquête auraient cependant relevé que la répartition des frais généraux favorisait les assurances complémentaires au détriment des assurances-maladie ; à l'inverse, celles-ci auraient reçu un montant de 24.3 millions de francs de la part de A._____, C._____ et B._____. D'après la FINMA, la répartition des frais généraux ne se faisait pas de manière transparente et traitait les membres du Groupe de manière inégale, C._____ étant exonérée de l'obligation de cotiser.

Selon la FINMA, ces manquements témoignaient d'une gouvernance d'entreprise et d'une organisation inappropriées et lacunaires ; la fonction *compliance* apparaissait dans son ensemble comme faible. Les lacunes du système de contrôle interne ont entraîné une gestion défectueuse des conflits d'intérêts et ouvert la porte à des abus dont ont profité E._____, F._____ et G._____ ; notamment, ceux-ci formaient une majorité d'un comité de D._____ qui a décidé de l'octroi en leur faveur d'une prime spéciale de 1.475 millions afin de leur permettre de compenser un montant qu'ils devaient à D._____ à la suite des transactions sur les actions A._____. Ils auraient auparavant décidé de s'octroyer eux-mêmes un

prêt de 12 millions de francs à des conditions très favorables pour la constitution de A._____. Le système de rémunération manquait selon la FINMA de transparence et n'était pas conforme aux règles de gouvernance d'entreprise. En particulier, les *success fees* auraient entraîné de multiples violations du devoir de fidélité en lien avec la prise de décision concernant l'opportunité d'acquérir un portefeuille de clients. Leur montant, qui a atteint 14 millions de francs depuis 2001, rétribuait des prestations ne se distinguant pas de celles déjà rémunérées par les salaires fixes et variables prévus dans les contrats de base. De même, le versement des indemnités de départ, à hauteur totale de 2.7 millions de francs, serait constitutif d'une violation du devoir de diligence et de fidélité du fait que ce montant n'était pas justifié par une contreprestation adéquate.

La FINMA a déclaré que ces constats démontraient en outre un comportement et une attitude désinvoltes qui n'étaient pas dignes de la confiance que la FINMA devait pouvoir accorder aux assujettis et étaient incompatibles avec l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable que devaient présenter les recourantes. Elle a ajouté que l'ensemble des violations s'étaient produites alors que les sociétés A._____, C._____ et B._____ étaient sous le contrôle de E._____, F._____ et G._____ et qu'ils en étaient les principaux bénéficiaires. Ils devaient ainsi être tenus pour responsables en grande partie des manquements constatés. Leur comportement soulevait la question de leur propre garantie d'activité irréprochable.

La FINMA a conclu que les violations graves et répétées du droit de la surveillance, leur durée et leurs conséquences justifiaient leur constatation (ch. 1 du dispositif). En outre, le non-respect du plan d'exploitation ainsi que les problèmes d'organisation interne et de gouvernance d'entreprise imposaient de prendre des mesures afin de rétablir l'ordre légal malgré les améliorations et changements d'organes déjà effectués par les recourantes. La FINMA a décidé que leur société d'audit devra contrôler la mise en œuvre des mesures exigées en 2014 et rendre un rapport à échéances régulières (ch. 2 du dispositif). Compte tenu de l'incapacité du service compliance et de l'audit interne à s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients provenant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés par le Groupe jusqu'à la fin de l'année 2016 (ch. 5 du dispositif). Le rythme de croissance soutenu du groupe n'a selon elle pas été suivi au niveau organisationnel ; dès lors, la mesure doit permettre aux recourantes de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. La FINMA a ordonné à A._____ et

B._____ de lui soumettre pour approbation jusqu'au 29 février 2016 l'intégralité des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire (ch. 4 du dispositif). Elle a demandé aux recourantes d'éviter par toutes mesures adéquates de verser les indemnités de départ prévues à E._____, F._____ et G._____ afin de protéger les intérêts des assurés contre les abus (ch. 3 du dispositif). Elle a averti les recourantes qu'elles s'exposaient à une amende si elles ne respectaient pas les ch. 1 à 5 du dispositif et a déclaré les ch. 2 et 3 immédiatement exécutoires (ch. 6 et 7 du dispositif). Enfin, elle a mis les frais de la procédure par 608'000 francs à la charge des recourantes (ch. 8 du dispositif).

E.

Par mémoire du 28 août 2015, A._____, C._____ et B._____ ont recouru contre cette décision en concluant à l'annulation du ch. 5 de son dispositif, à la réduction de l'émolument de décision de la FINMA dans une proportion équitable et à l'octroi d'une indemnité à titre de dépens. À l'appui de leur recours, elles reprochent à la FINMA une constatation inexacte et incomplète des faits pertinents en relation avec les manquements aux dispositions légales constatés dans la décision. En ce qui concerne l'interdiction d'accueillir de nouveaux clients, elles font valoir une violation de leur droit d'être entendues, du droit fondamental de la liberté économique et du principe de la concurrence.

S'agissant des faits, les recourantes précisent que E._____, F._____ et G._____ n'exerçaient plus aucune fonction de direction ou d'administration dans les sociétés affiliées à D._____ et les fondations qui y sont liées. Ainsi, ces personnes ne contrôlaient plus la majorité des comités et conseils de ces entités comme l'a exposé la FINMA ; en outre, elles auraient renoncé à leurs indemnités de départ rendant dès lors sans objet le ch. 3 du dispositif de la décision attaquée. Les recourantes estiment à ce sujet que le droit positif ne leur interdisait pas de verser des indemnités de départ. Elles déclarent que la FINMA avait sélectionné des éléments accusatoires alors que les chargés d'enquête avaient relevé plusieurs aspects qui leur étaient favorables, notamment le constat que de nombreux secteurs des sociétés fonctionnaient bien, et qu'elle avait exagéré la gravité des violations du droit de la surveillance. Elles expliquent que les manquements constatés avaient été éliminés ou étaient en voie de l'être. Elles contestent ensuite que l'exonération de cotisations de C._____ à l'association D._____ ait entraîné une inégalité dans les faits. Les recourantes réfutent l'allégué de la FINMA selon lequel E._____ aurait dans les faits exercé la double fonction de président du

conseil d'administration et de directeur et précisent que G. _____ n'avait jamais perçu de *success fees*. Se référant au rapport de H. _____, elles déclarent que le prix payé pour les actions C. _____ était juste. Selon elles, le défaut de garantie d'activité irréprochable serait guéri dès lors que E. _____, F. _____ et G. _____, à qui ces manquements devaient être imputés, avaient quitté leurs fonctions ; l'interdiction de recueillir des portefeuilles d'assurance ne revêtirait ainsi plus qu'un caractère punitif.

En ce qui concerne la violation du droit d'être entendu, les recourantes déclarent que la FINMA ne leur avait jamais signifié qu'elle entendait prononcer la mesure d'interdiction ; de surcroît, celle-ci n'étant pas prévue dans la loi et n'ayant à leur connaissance jamais été prononcée par le passé, elles n'avaient aucun motif de se prononcer spontanément à son sujet. Compte tenu de la gravité de la mesure, les recourantes auraient dû être entendues à ce sujet. En outre, l'autorité n'exposerait pas en quoi la mesure s'avérait nécessaire alors même qu'elle se trouvait soumise à une obligation de motivation accrue en raison du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose.

Les recourantes allèguent une violation de la liberté économique car la mesure prononcée ne se fonde pas sur une base légale valable et ne sert pas un intérêt public, des améliorations ayant déjà été réalisées et la situation actuelle ne mettant pas en danger les intérêts des assurés. Elles déclarent que la FINMA n'a d'ailleurs pas exposé quelles lacunes étaient encore d'actualité. En outre, en raison du manque d'adéquation entre l'atteinte et le but poursuivi, la mesure violerait le principe de la proportionnalité, ce d'autant plus que les recourantes s'estiment capables d'intégrer de nouveaux assurés. Par ailleurs, la durée pour laquelle celle-ci a été prononcée s'avérerait à leur avis excessive. Les recourantes déclarent que la mesure porte également atteinte à l'égalité entre concurrents.

Dans la mesure où elles devaient obtenir gain de cause sur les points de la décision qu'elles contestent, les recourantes concluent à ce que les frais de procédure prononcés par la FINMA soient réduits dans une proportion équitable.

F.

Dans sa réponse du 22 octobre 2015, la FINMA déclare que de nombreuses mesures doivent encore être mises en œuvre pas les recourantes dont : la révision des conventions de gestion administrative et des clés de répartition des frais généraux ; la réduction du nombre de

comptabilités différentes et l'établissement de comptes consolidés ; la restructuration de l'organisation du Groupe dans son entier ; la soumission de l'ensemble des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire à son approbation. Elle déclare que les mesures ont toujours été prises à la suite de son intervention et jamais à l'initiative des recourantes ; ainsi, les intérêts de 9'000 assurés auraient définitivement été lésés si elle n'était pas intervenue. Elle réfute l'allégué des recourantes selon lequel la mesure aurait un but punitif et déclare qu'elle vise à s'assurer que les recourantes aient réparé les manquements constatés de manière complète et effective. Elle estime le délai fixé à la fin de l'année 2016 comme raisonnable et proportionné. Elle a agi conformément à son mandat, qui est non de punir mais de rétablir l'ordre légal en s'assurant que les modifications mises en place soient parfaitement opérationnelles et aptes à atteindre leur but. Estimant qu'il existe une corrélation entre la croissance rapide du Groupe et les manquements en matière de gouvernance d'entreprise, elle veut s'assurer que les recourantes soient capables d'absorber des groupes importants d'assurés sans mettre les intérêts de ceux-ci en péril. Elle conteste une violation de la liberté économique en précisant que les recourantes devaient remplir en tout temps les conditions nécessaires à l'octroi de l'autorisation dont elles bénéficient. Elle conteste également une violation du droit d'être entendu des recourantes car ce droit s'étend en première ligne au complexe de fait et non pas aux questions de droit ; des circonstances particulières justifiant de s'écarter de ce principe n'existeraient pas en l'occurrence. Compte tenu de leur expérience en matière de droit de la surveillance, les recourantes ne sauraient être surprises par l'argumentation juridique et les mesures retenues. La FINMA se réfère à un rapport d'audit supplémentaire du 30 septembre 2015 attestant selon elle du nombre important de mesures encore à réaliser par le Groupe.

G.

Dans leur prise de position du 11 novembre 2015, les recourantes réitèrent leurs reproches à l'adresse de la FINMA s'agissant de la constatation des faits et de l'exagération de la gravité des infractions retenues contre elles. Se référant au rapport d'audit supplémentaire du 30 septembre 2015, elles énumèrent les mesures réalisées ou planifiées en vue de remédier aux manquements constatés et déclarent qu'à l'exception de la restructuration potentielle du Groupe, à savoir l'entrée en vigueur des conventions de gestion administrative et la réduction du nombre de comptes bancaires, les autres points encore en suspens devraient être accomplis jusqu'au 31 décembre 2015. Les recourantes estiment que la restructuration du Groupe n'avait pas été exigée par la FINMA mais seulement suggérée à

titre de proposition sujette à réflexion ; celle-ci ne saurait dès lors être qualifiée de mesure indispensable au rétablissement de l'ordre légal et à la levée de l'interdiction d'accueillir de nouveaux clients. Selon les recourantes, la FINMA, qui connaissait la structure du Groupe puisqu'elle lui avait été présentée à l'appui d'une demande d'agrément déposée par B. _____ pour certaines activités d'assurance, n'avait pas requis de modifications. Elles déclarent avoir entrepris des réformes de leur propre initiative dès 2013 et poursuivi ces travaux afin de satisfaire aux demandes de la FINMA. En ce qui concerne la soumission des tarifs à l'approbation de la FINMA, les recourantes déclarent que celle-ci ne saurait s'en prévaloir comme mesure non encore exécutée puisqu'elle leur a fixé un délai jusqu'au 29 février 2016 pour le faire. S'agissant de l'interdiction d'acquérir des portefeuilles de clients, les recourantes maintiennent qu'elle constitue une mesure nouvelle à laquelle elles ne pouvaient s'attendre et, partant, qu'elles auraient dû être entendues à ce sujet. Elles déclarent que la FINMA n'était pas parvenue à énoncer la base légale sur laquelle se fonde ladite mesure qui s'avère en outre contraire au principe de la proportionnalité et revêt un caractère punitif.

H.

Dans ses observations du 10 décembre 2015, la FINMA précise que les mesures prononcées constituent un ensemble et doivent être toutes achevées avant de pouvoir conclure au rétablissement de l'ordre légal. Outre les modifications déjà réalisées, les recourantes doivent réorganiser le Groupe, renouveler sa structure et soumettre jusqu'à fin février 2016 les tarifs qui devraient être approuvés dans le courant de l'année. La FINMA conteste que cette réorganisation ne soit qu'une proposition faite aux recourantes en expliquant que, au contraire, elle s'avérait nécessaire car les défauts constatés avaient été à l'origine des violations commises. La FINMA déclare avoir indiqué dans sa décision sur quelle base légale elle avait fondé la mesure querellée. Enfin, elle ajoute que celle-ci ne saurait être qualifiée de punitive.

I.

Dans leurs remarques du 4 janvier 2016, les recourantes déclarent que les tarifs que A. _____ et B. _____ appliquent – C. _____ n'étant pas concernée en l'occurrence – ont déjà été approuvés et que la soumission de l'ensemble des tarifs à nouvelle approbation de la part de la FINMA constituait une mesure de confort voire une mesure chicanière. Selon elles, du point de vue de la protection des assurés et du rétablissement de l'ordre légal, la situation est régularisée de longue date. Elles estiment que l'exigence d'une restructuration ne peut constituer une mesure

conservatoire au sens de la loi sur les assurances ni une mesure contraignante au sens de la loi sur la FINMA. L'interdiction prononcée jusqu'à fin 2016 s'avère en outre injustifiée selon elles attendu que la FINMA avait été informée que la restructuration interviendrait au plus tôt au 1^{er} janvier 2017 voire même en 2018.

J.

Par ordonnance du 13 juin 2016, le Tribunal de céans a invité la FINMA et les recourantes à l'informer jusqu'au 23 juin 2016 de l'évolution des mesures entreprises par celles-ci, notamment celles afférentes à leur réorganisation, et du stade auquel se trouve l'approbation des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire.

Par courrier du 23 juin 2016, la FINMA déclare que la réorganisation du Groupe se trouve dans une phase très peu avancée et qu'elle attend de sa part des informations complémentaires afin de pouvoir analyser la situation. Selon le rapport de la société d'audit, cette réorganisation interviendrait au plus tôt le 1^{er} janvier 2018, le Groupe prévoyant de prendre les décisions y relatives jusqu'au 30 juin 2017 ; or, les déficiences en matière d'organisation étaient à l'origine des violations constatées. S'agissant des tarifs dans l'assurance-maladie complémentaire, la FINMA indique que A._____ et B._____ lui ont présenté par courrier du 26 février 2016 un plan d'adaptation et une analyse des tarifs qu'elles désiraient adapter sans toutefois définir le montant de ces nouveaux tarifs et donc sans formuler une demande concrète d'adaptation tarifaire. L'autorité explique qu'elle examine en ce moment la conformité aux normes applicables du plan et de l'analyse reçus.

Par courrier du même jour, les recourantes déclarent avoir soumis à la FINMA l'intégralité des tarifs appliqués en matière d'assurance-maladie complémentaire. La documentation comprenait les formulaires d'adaptation tarifaire, les analyses spécifiques pour la liste de produits spécifiés dans le courrier de la FINMA du 6 novembre 2015 ainsi que les mesures prévues dans le cadre des adaptations tarifaires au 1^{er} janvier 2017. En ce qui concerne la réorganisation du Groupe, les recourantes expliquent qu'il avait été décidé de créer une holding intermédiaire entre les fondations propriétaires et les sociétés d'assurance ; l'incitation de la FINMA ne saurait être considérée comme une mesure contraignante ou conservatoire tendant au rétablissement de l'ordre légal. Celui-ci étant manifestement rétabli, la mesure attaquée porterait gravement atteinte à leur liberté économique sans base légale, sans intérêt public et sans respecter le principe de la proportionnalité.

Par courrier du 28 juin 2016, les recourantes maintiennent que la réorganisation de la structure du Groupe ne constituait pas une mesure ordonnée dans la décision attaquée et n'avait pas de lien avec l'interdiction d'acquérir des portefeuilles de clients. Elles déclarent avoir toujours informé la FINMA de l'avancement de la restructuration, y compris du fait que la création de la structure holding n'interviendrait vraisemblablement que début 2018. Quant à la structure actuelle, elle a été approuvée par la FINMA. Les recourantes estiment que la FINMA ne peut pas ordonner la création d'une holding au travers de mesures conservatoires ou de rétablissement de l'ordre légal, et ne saurait donc le faire au travers de l'interdiction contestée. Elles expliquent que la mesure concernant les tarifs était respectée et que ceux en vigueur avaient été approuvés individuellement par la FINMA.

Par courrier du 1^{er} juillet 2016, la FINMA a maintenu sa position et produit les courriers qu'elle avait adressés à A. _____ et B. _____ au sujet des tarifs.

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

Droit :

1.

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

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

1.2 Les recourantes, qui ont pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, sont spécialement atteintes par le ch. 5 du dispositif de la décision et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors leur être reconnue dans cette mesure (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.3 Les dispositions relatives au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours ainsi qu'au paiement de l'avance de frais (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

Les recourantes allèguent une violation de leur droit d'être entendues car la FINMA ne les a pas informées qu'elle entendait prononcer la mesure d'interdiction litigieuse.

2.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. et aux art. 29 ss PA, comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre. Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait. Les parties doivent éventuellement aussi être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large (cf. ATF 129 II 497 consid. 2.2 et les réf. cit.).

2.2 Il est vrai que la mesure retenue par la FINMA n'est pas prévue expressément dans la loi. Toutefois, l'art. 51 de loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA, RS 961.01) permet à la FINMA de prononcer des mesures de sûreté encore plus incisives tel interdire la libre disposition des actifs de l'entreprise d'assurance ou transférer le portefeuille d'assurance et la fortune liée afférente à une autre entreprise d'assurance (art. 51 al. 2 let. a et d LSA). La liste des mesures énumérées dans cette disposition n'est pas exhaustive de sorte qu'il est loisible à l'autorité d'opter pour d'autres solutions qu'elle jugerait plus appropriées (cf. infra consid. 8.1). En l'espèce, les recourantes avaient été invitées par courrier du 19 décembre 2014 à se déterminer sur d'éventuelles mesures que la FINMA pourrait prendre à leur égard. Or, l'art. 51 LSA figure parmi les instruments de surveillance que la LSA met à disposition de la FINMA, ce que les recourantes en tant qu'entreprises actives dans le domaine des assurances ne pouvaient ignorer. En outre, malgré le large pouvoir d'appréciation dont la FINMA dispose, les recourantes ne se trouvaient pas dans une situation d'incertitude les empêchant de se prononcer de manière suffisamment concrète sur les conclusions auxquelles l'autorité pouvait

parvenir (cf. ATF 127 V 431 consid. 2 b cc). Enfin, aucun changement de la situation juridique ne justifiait d'entendre les recourantes.

2.3 Il découle de ce qui précède que le droit d'être entendu des recourantes n'a pas été violé. Il n'en reste pas moins cependant que la FINMA aurait pu, dans la mesure du possible, se montrer plus explicite concernant les mesures qu'elle envisageait de prendre. Au demeurant, même s'il fallait retenir une violation du droit d'être entendu, celle-ci serait de toute façon réparée au travers de la procédure de recours ; en effet, les recourantes ont eu l'occasion, sans qu'il n'en résulte un préjudice en leur défaveur, de se prononcer sur les conclusions de la FINMA devant le Tribunal de céans qui peut contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2).

3.

Les manquements constatés par la FINMA ne sont pas tous, ou du moins pas entièrement, contredits par les recourantes qui n'ont dirigé leur recours que contre le ch. 5 du dispositif leur interdisant d'acquérir des portefeuilles de clients. Ils devront néanmoins être examinés même s'ils ne font en soi pas l'objet du recours attendu qu'ils constituent le motif des mesures conservatoires décidées par la FINMA et contestées par les recourantes. Quant aux divers faits dont celles-ci allèguent une constatation inexacte ou incomplète, ils seront traités dans les considérants qui suivent pour autant qu'ils s'avèrent susceptibles d'influer sur le sort de l'affaire (cf. arrêt du TAF B-921/2015 du 1^{er} juin 2015 consid. 3.1 et les réf. cit.).

4.

Le premier reproche de la FINMA à l'encontre de A. _____ et B. _____ porte sur l'usage de tarifs déviant de ceux qu'elle avait approuvés. Celles-ci ne remettent pas en cause ce constat mais déclarent que ces actions n'étaient pas volontaires, que les assurés concernés avaient été remboursés et que leur nombre ne constituait que 0.75 % de l'effectif des bénéficiaires d'assurances complémentaires tandis que les primes trop perçues n'avaient pas dépassé 2.2 % du total des primes encaissées dans chacune des années concernées.

4.1 En vertu de l'art. 2 al 1 let. a LSA, les entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance sont soumises à la surveillance au sens de cette loi. La surveillance est exercée par la FINMA (art. 1 al. 1 let. g en relation avec l'art. 6 al. 1 LFINMA). Selon l'art. 3 al. 1 LSA, ces entreprises doivent avoir obtenu un agrément de la FINMA pour exercer leur activité d'assurance. À cette fin,

elles doivent présenter à la FINMA une demande accompagnée d'un plan d'exploitation (art. 4 al. 1 LSA). Celui-ci doit notamment contenir les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse pour l'assurance de l'ensemble des risques dans la prévoyance professionnelle et dans l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 4 al. 2 let. r LSA). Les modifications des parties du plan d'exploitation mentionnées à l'art. 4 al. 2 let. a, h, k et r doivent être approuvées par la FINMA avant leur réalisation (art. 5 al. 1 LSA). L'agrément est accordé si les exigences légales sont remplies et si les intérêts des assurés sont sauvegardés (art. 6 al. 1 LSA). Selon l'art. 38 LSA, au cours de la procédure d'approbation, la FINMA examine, d'après les calculs de tarifs que lui présentent les entreprises d'assurance, si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus, sous réserve de l'art. 33 al. 3 LSA non applicable en l'espèce.

4.2 A. _____, C. _____ et B. _____ sont agréées pour exercer des activités d'assurance complémentaire et d'assurance-vie. Elles doivent dès lors se conformer aux conditions auxquelles la LSA soumet les entreprises tombant dans son champ d'application, y compris au respect du plan d'exploitation et des tarifs approuvés. En l'espèce, A. _____ et B. _____ ne contestent pas avoir dans un certain nombre de cas appliqué des tarifs non approuvés mais relativisent l'importance de la violation compte tenu du volume de prime concerné. I. _____ a relevé dans son rapport que les rabais commerciaux avaient été comptabilisés de manière erronée, que les descriptions et la documentation des processus et du système de contrôle interne étaient insuffisantes ; le fait que 26 comptabilités étaient tenues pour 6 sociétés dont 7 pour 2 sociétés d'assurances complémentaires augmentait fortement la complexité de la tenue des comptes raison pour laquelle I. _____ a recommandé la fusion des comptabilités.

4.3 Les divergences constatées par le passé et le fait que A. _____ et B. _____ doivent actuellement faire approuver de nouveaux tarifs par la FINMA ne constituent en soi pas un motif justifiant les mesures de sûreté ordonnées dans la mesure où I. _____ a identifié la cause des violations constatées et qu'une application correcte des tarifs déjà approuvés semble réalisable au stade actuel si les sociétés font preuve de l'attention nécessaire. Les contrats litigieux ont été résiliés ou sont en voie de l'être. Cependant, la cause des manquements réside – du moins en partie – dans la complexité de la comptabilité des sociétés affiliées à D. _____ et l'insuffisance des contrôles internes qui n'ont pas été en mesure de

découvrir les erreurs identifiées par la FINMA (cf. infra consid. 5.2). Il ne s'agit en outre pas d'incidents isolés nonobstant l'argument des recourantes selon lequel les rabais et les primes excessifs se limitaient au résultat à un pourcentage modeste du chiffre d'affaires et du nombre d'assurés. Cet aspect devra par conséquent être pris en compte dans l'évaluation globale de la nécessité d'intervenir dans le développement des affaires des recourantes en leur interdisant d'acquérir des portefeuilles d'assurés (cf. infra consid. 7).

5.

La FINMA a estimé que les manquements constatés témoignaient d'une gouvernance d'entreprise et d'une organisation inappropriées et lacunaires. Les recourantes rétorquent que des améliorations avaient été apportées à l'organisation de manière à éviter de tels problèmes à l'avenir et que les intérêts des assurés ne se trouvaient plus en danger.

En vertu de l'art. 22 al. 1 LSA, l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière à pouvoir, notamment, recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux. Les art. 96 à 98 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS, RS 961.011) concrétisent les devoirs des assureurs en matière de gestion des risques. Selon l'art. 27 al. 1 LSA, elle doit au demeurant disposer d'un système interne de contrôle efficace, portant sur l'ensemble de son activité, et désigne en outre un organe interne de révision indépendant de la haute direction (inspectorat). Se fondant sur l'art. 7 al. 1 let. b LFINMA, la FINMA a concrétisé ces exigences dans la Circulaire 2008/32 – Gouvernance d'entreprise, gestion des risques et système interne de contrôle en matière d'assurance (ci-après : Circ. 2008/32). La FINMA y indique que la gouvernance d'entreprise vise à réaliser un équilibre fonctionnel entre les organes de l'entreprise, une transparence de ses processus internes ainsi que l'harmonisation des objectifs de l'entreprise avec les attentes des divers groupes d'ayants droit, en particulier des preneurs d'assurance (cf. Circ. 2008/32 cm. 5). Parmi les principes à respecter dans ce cadre figurent : la documentation claire des structures de gouvernance ; la détermination de systèmes de rémunération et d'incitation appropriés servant les intérêts durables de l'entreprise et encourageant un comportement éthique ; le recrutement de collaborateurs sur la base des qualifications nécessaires ; la prévention des conflits d'intérêts et des abus ; l'indépendance de la révision interne en tant que fonction importante pour la surveillance de l'activité. Les processus de gestion des risques et de système interne de contrôle se composent des éléments suivants : la reconnaissance et l'évaluation des risques ; les mesures pour la maîtrise

des risques et les activités de contrôle ; l'information et la documentation ; la surveillance aux fins de constatation de manquements et les mesures correctives (cf. Circ. 2008/32 cm. 18).

Les circulaires adoptées par la FINMA visent à préciser les modalités d'application de la législation sur les marchés financiers (art. 7 al. 1 let. b LFINMA) ; elles n'ont toutefois pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 133 II 305 consid. 8.1, arrêt du TF 2C_894/2014 du 18 février 2016 consid. 4.6.1 et 4.6.4). C'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciées les règles contenues dans les circulaires pertinentes.

Dans son rapport, I._____ a constaté que les sociétés affiliées à D._____ tenaient au total 26 comptabilités héritées des sociétés et portefeuilles d'assurances acquis par les sociétés du Groupe ; elles détenaient 200 comptes bancaires ainsi qu'un nombre considérable de comptes de passage et comptes courants entre les diverses comptabilités ; en outre, la manière de comptabiliser présentait des aspects problématiques. Tout cela augmentait l'opacité du système comptable dont I._____ a recommandé l'adaptation à la taille du Groupe. Après avoir discuté avec les comptables, I._____ a constaté une absence de processus formel concernant l'élaboration de nouveaux rabais commerciaux ainsi que de contrôles formels pour les changer dans la comptabilité. Comme le relève la FINMA, les problèmes découlent en partie de la croissance rapide du Groupe dont l'organisation et les processus internes n'ont pas suivi le rythme. Ce manque d'adaptation a abouti à des lacunes incompatibles avec les exigences de gouvernance d'entreprises en matière de gestion des risques et de système interne de contrôle.

S'agissant des conflits d'intérêts, ils ont selon I._____ souvent été causés par le fait que les sociétés étaient dirigées par une direction de facto unique à laquelle appartenaient E._____, F._____ et G._____. Outre les aspects liés à la rémunération (cf. infra consid. 6), il appert notamment que la gestion des recourantes a été incompatible avec les principes de gouvernance d'entreprise en matière de recrutement des collaborateurs. En effet, selon le rapport 2 de H._____ du 30 septembre

2014, certaines nominations à des fonctions dirigeantes paraissent avoir été effectuées sans que toutes les mesures appropriées afin de prévenir les conflits d'intérêts aient été prises et alors même que les personnes nommées ne semblaient pas disposer des compétences nécessaires à l'exercice des fonctions en question. D'une part, le fils de E._____, R._____, a été élu en 2012 en tant qu'administrateur de B._____, sur proposition de son père et avec le soutien du conseil d'administration dont E._____, F._____ et G._____ constituaient la majorité ; ces mêmes personnes siégeaient en outre dans les comités des fondations actionnaires de B._____. D'autre part, la fille de E._____, S._____, a été nommée en 2012 en qualité de directrice juridique au sein du comité de direction de D._____ lequel a été créé sur proposition de celui-ci qui a en outre énoncé les qualifications attendues des membres. Dans les deux cas, H._____ a jugé la nomination comme prématurée compte tenu de l'expérience professionnelle de ces personnes de sorte qu'il peut être conclu que le recrutement n'est pas uniquement intervenu sur la base des qualifications nécessaires mais également sur celle de liens familiaux.

Il ressort en outre des inscriptions au Registre du commerce que de telles nominations ont eu lieu également dans les fondations liées au Groupe dans les comités desquelles E._____, F._____ et G._____ siégeaient en qualité de membres. Ainsi, S._____ a été élue aux comités de la fondation J._____ en 2010, de la fondation M._____ en 2012 et de N._____ en 2013 tandis que R._____ a été élu en 2011 au comité de la fondation L._____ et siégeait également à celui de la fondation K._____ ; les deux ont quitté ces postes en 2013. Ces cumuls de fonctions et nominations ne s'avéraient pas conformes aux exigences en matière d'équilibre fonctionnel entre les organes dès lors que les mêmes personnes se retrouvaient aux conseils d'administration des sociétés d'assurances et, en tant que membres des comités des fondations actionnaires, en influençaient voire contrôlaient les assemblées générales. À cela venait s'ajouter le contrôle qu'ils exerçaient sur D._____ en tant qu'association reliant ces sociétés entre elles.

Parmi les autres éléments problématiques du point de vue de la gouvernance figurent les affaires conclues entre les sociétés et leurs organes. Ainsi, lors de la fondation de A._____, quatre des cinq fondateurs constituaient la majorité du comité de D._____ soit du prêteur des fonds nécessaires à la souscription des actions. Même si le prix payé devait s'avérer juste, il n'en reste pas moins que les transactions entre les sociétés et leurs dirigeants ont été décidées et exécutées de manière peu transparente ; un tel procédé est sujet à abus et nécessite la mise en place

de mesures garantissant le respect des intérêts des sociétés et de leurs assurés (cf. arrêt du TAF B-798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 6.5.1). I. _____ a relevé que les explications données par le Groupe sur les raisons qui ont mené à cette fondation – réalisée à titre fiduciaire selon le Groupe – comme sur la prime spéciale versée dans ce cadre s'avéraient peu convaincantes et semblaient en partie établies subséquemment afin de justifier les faits déjà accomplis.

Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'organisation des recourantes s'avérait déficiente à plusieurs égards et incompatible non seulement avec certains principes ancrés dans la Circ. 2008/32 mais également avec les exigences des art. 22 al. 1 et art. 27 al. 1 LSA en raison de la faiblesse du contrôle interne et de la gestion des risques.

6.

Au sujet des rémunérations, la FINMA se réfère à sa Circulaire 2010/1 – Normes minimales des systèmes de rémunération dans les établissements financiers (ci-après : Circ. 2010/1) dans laquelle elle a instauré des normes minimales concernant la rémunération des organes des entreprises assujetties. Selon la FINMA, cette circulaire s'applique aux entreprises qui doivent détenir des fonds propres en fonction du volume des affaires d'au moins 2 milliards de francs ; elle peut en imposer l'application à des entreprises n'atteignant pas ces seuils mais a renoncé à le faire dans le cas d'espèce car A. _____, C. _____ et B. _____ s'étaient dotées elles-mêmes d'un nouveau système de rémunération. La FINMA déclare que le versement d'indemnités spéciales en rapport avec des prestations déjà rémunérées dans le cadre de contrats de travail ou de mandats encadrant l'activité d'un administrateur contrevient aux intérêts des sociétés à la charge desquelles ces indemnités sont versées et constitue le signe d'une gestion défailante des conflits d'intérêts. De leur côté, les recourantes relèvent que la Circ. 2010/1 ne leur est pas applicable et que le droit positif ne s'oppose pas à l'octroi d'indemnités de départ. Elles indiquent que G. _____ n'avait jamais perçu de *success fees* et que celles-ci se trouvaient justifiées par le succès des acquisitions. Quant aux transactions effectuées sur les titres de C. _____, les recourantes renvoient au rapport de H. _____ selon lequel le prix payé s'avérait juste.

6.1 Au moment du prononcé de la décision attaquée, la Circ. 2010/1 devait impérativement être appliquée par les entreprises, groupes ou conglomérats d'assurance tenus de détenir des fonds propres nécessaires en fonction des risques auxquels ils sont exposés d'au moins 2 milliards de francs. Ce seuil a par la suite été relevé à 15 milliards de francs avec

effet au 1^{er} janvier 2016 (cf. Circ. 2010/1 cm. 7). Les entreprises qui n'atteignaient pas ce seuil se voyaient recommander de reprendre les principes établis dans la circulaire comme lignes directrices pour leurs propres systèmes de rémunération (cf. Circ. 2010/1 cm. 8). En vertu du principe n° 1, le conseil d'administration définit la politique de rémunération dont il est responsable de la mise en œuvre ; il dicte un règlement sur la rémunération (cm. 16). Selon le principe n° 3, l'entreprise doit assurer l'indépendance et l'objectivité dans la conception et l'application du système de rémunération ; elle en fait vérifier la conformité aux exigences par une fonction indépendante, par exemple la révision interne (cm. 28 s.). Les rémunérations et les critères d'attribution déterminants ne doivent pas inciter à prendre des risques démesurés, à violer le droit en vigueur ou des instructions ou encore à ne pas respecter les conventions (principe n° 4, cm. 36). Des indemnités à l'engagement ou des indemnités de départ ne seront versées que dans des cas motivés. Elles seront fixées par le règlement sur la rémunération et devront obtenir l'agrément du conseil d'administration à partir d'un montant déterminé (principe n° 6, cm. 47). Les dirigeants d'une société ne doivent pas obtenir de rétribution supplémentaire pour des prestations déjà rémunérées dans le cadre de leur salaire de base ou d'autres primes (cf. arrêt du TAF B-798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 5.2.2).

6.2 Les recourantes n'atteignaient pas le seuil de 2 milliards de francs de fonds propres et n'avaient par conséquent pas l'obligation d'appliquer la Circ. 2010/1 de manière directe. Cependant, si elles n'ont pas à suivre ces principes à la lettre, elles sont néanmoins tenues dans le cadre de la gouvernance d'entreprise et de la gestion des risques de mettre en place un système de rémunération et d'incitation approprié (cf. supra consid. 5). Par conséquent, elles doivent respecter les principes de la Circ. 2010/1 dans leurs grandes lignes ou se fixer des règles qui en respectent l'esprit dans la mesure où ils découlent des obligations légales, en particulier des art. 22 et 27 LSA.

Dans son rapport, I. _____ a indiqué qu'aucun règlement ne définissait de manière précise le montant des *success fees* qui devaient être attribuées à E. _____ et F. _____ ce qui laissait au comité des rémunérations – dont le premier faisait partie – une très grande marge de manœuvre. Ce constat est confirmé par H. _____ dans son rapport 1 du 30 septembre 2014 qui a estimé que la commission des rémunérations, créée en 2007, n'était pas toujours impliquée dans la fixation des montants. Ces primes, liées à une croissance externe par le biais de reprises de portefeuilles de sociétés tierces, ont eu un effet négatif dans la mesure où

l'organisation du Groupe n'a pas été suffisamment adaptée avant de procéder à ces acquisitions supplémentaires. Elles ont créé un risque de violation du devoir de fidélité des dirigeants concernant l'opportunité de procéder à de telles transactions.

En 2005, le montant des indemnités de départ a été très fortement augmenté avec pour motif de permettre à E._____, F._____ et G._____, tous membres du comité de D._____ qui a pris cette décision, de bénéficier d'une retraite anticipée à des conditions correctes. Ces indemnités n'ont pas été définies pour être versées de manière différée tenant compte des risques encourus par la société à la suite des décisions prises par ces personnes ainsi que le succès durable des affaires. Le comité a justifié cette augmentation par le fait que les dirigeants n'avaient bénéficié que de revenus modestes au cours des années précédentes. Or, au travers des *success fees* versées avant et après cette décision, E._____ ainsi que F._____ ont bénéficié d'une rémunération appréciable. En outre, le montant annuel total obtenu par ces trois personnes entre 2010 et 2013 – comprenant le salaire de base, les primes et les honoraires – se montait à deux millions de francs en moyenne pour E._____ et un million de francs pour F._____ et G._____. Il appert ainsi que les indemnités de départ, encore confirmées en 2009 et maintenues après l'entrée en vigueur de la Circ. 2010, ne se révélaient pas justifiées par un motif particulier comme l'exige le principe ancré dans la Circ. 2010/1 et venaient s'ajouter à des rétributions qui avaient déjà récompensé leurs prestations. H._____ a en outre relevé de manière générale que les revenus annuels provenaient d'un grand nombre de sources cumulées – plusieurs dizaines dans la plupart des cas – combinant les contrats de travail avec divers mandats.

6.3 Ces éléments suffisent à établir des violations des principes de gouvernance en matière de rémunération incompatibles avec les exigences légales en matière de gestion des risques ; le système de rémunération manquait de clarté, rétribuait certaines prestations à double et s'avérait apte à pousser les dirigeants à prendre des décisions défavorables aux sociétés. H._____ a signalé à ce sujet que les manquements dans ce domaine ne relevaient pas d'incidents isolés mais de modes opératoires qui se sont répétés de plusieurs manières et sur plusieurs années. Compte tenu de ce qui précède, point n'est besoin d'examiner si les transactions sur les actions C._____ et A._____ ainsi que le prêt octroyé à E._____ pouvaient également être considérés comme une forme de rémunération en raison des conditions auxquelles ils ont été conclus. Il convient cependant de relever que ce type d'opérations

constitue généralement une forme de récompense ou d'intéressement en faveur des organes.

7.

La FINMA explique que les manquements en matière de gouvernance d'entreprise, de gestion des conflits d'intérêts et de rémunération ne s'avéraient pas compatibles avec la garantie d'activité irréprochable des recourantes. Celles-ci déclarent que cette question était résolue dès lors que E._____, F._____ et G._____ – que la FINMA a jugé responsables en grande partie de ces manquements – avaient quitté leurs fonctions.

7.1 Selon l'art. 14 al. 1 let. a LSA, les personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion doivent jouir d'une bonne réputation et offrir la garantie d'une activité irréprochable. Cette exigence s'applique par analogie aux personnes chargées de la haute direction, de la surveillance, du contrôle et de la gestion du groupe d'assurance, ainsi que de la gestion de ses risques (art. 67 LSA) et en cas de délégation de fonctions importantes de l'entreprise d'assurance à d'autres personnes (art. 14 al. 3 LSA). Cette exigence s'étend également à l'entreprise d'assurance en tant que telle qui doit, de par son organisation et son fonctionnement, offrir la garantie d'une activité irréprochable (cf. HANSJÜRGE APPENZELLER, in : Basler Kommentar Versicherungs-aufsichtsgesetz, 2013, n° 36 ad art. 14 et les réf. cit.). Cette garantie impose à l'entreprise et aux personnes concernées de se comporter correctement en affaires et d'agir conformément au principe de la bonne foi. Par comportement correct, il faut comprendre en premier lieu le respect de l'ordre légal et des directives internes. La FINMA examine dans ce cadre également le respect des dispositions de droit civil et pénal dont le devoir de diligence et de fidélité du conseil d'administration (art. 717 CO) qui impose à l'administrateur de prendre les mesures nécessaires afin d'éviter les conflits d'intérêts (cf. arrêts du TAF B-19/2012 du 27 novembre 2013 consid. 3.1 s. et B-798/2012 du 27 novembre 2013 consid. 4.1 s.). L'exigence ancrée à l'art. 14 LSA fait partie des conditions de l'octroi de l'agrément (art. 6 LSA) ; celles-ci devant être respectées en tout temps, le défaut de garantie d'une activité irréprochable appelle l'intervention de la FINMA qui est chargée de s'assurer que les entreprises d'assurance offrent cette garantie (art. 46 al. 1 let. b LSA). L'autorité prononcera le cas échéant les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre légal pouvant aller jusqu'au retrait de l'autorisation (art. 37 LFINMA). Le contrôle des exigences professionnelles et personnelles posées par l'art. 14 LSA poursuit un but exclusivement préventif et non répressif. L'autorité

inférieure ne prononce pas de sanctions pour les comportements répréhensibles ; sa tâche consiste uniquement à évaluer les risques futurs. Ainsi, la garantie fait défaut lorsqu'il y a lieu de craindre, pour l'avenir, que les personnes impliquées constituent un danger pour les intérêts de la société en cause et de ses clients (cf. ATAF 2013/56 consid. 3.2.2).

7.2 En l'espèce, les manquements constatés dans les considérants qui précèdent font ressortir un défaut de professionnalisme et de rigueur dans la conduite des affaires des recourantes qui ont mené à des violations du droit de la surveillance et des principes de gouvernance d'entreprise. Ces défaillances se situent à plusieurs niveaux et dans plusieurs domaines mais découlent de deux raisons principales : le comportement des anciens dirigeants et la croissance du Groupe qui n'a pas été suivie par son organisation. En particulier, la comptabilité n'a pas été adaptée de manière adéquate. Par ailleurs, les anciens dirigeants ont fait preuve envers eux-mêmes d'un grand degré de largesse sans rencontrer d'opposition dans le Groupe. Le versement de rémunérations exagérées, décidées par des conseils d'administration et des comités dans lesquels les bénéficiaires ou des personnes proches siègent, ne se révèle pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable que doivent présenter les personnes actives dans les divers domaines des marchés financiers. Certes, après leur départ, E. _____, F. _____ et G. _____ ne devraient plus être en mesure d'influer négativement sur la conduite des affaires des recourantes. Toutefois, celles-ci n'ont pas encore démontré que ce genre de manquements ne pourra se reproduire à l'avenir.

7.3 Au résultat, la question de savoir si les défaillances dans l'organisation des recourantes justifient encore à l'état actuel de mettre en doute leur propre garantie d'une activité irréprochable peut être laissée ouverte. En effet, comme il sera exposé ci-après (cf. infra consid. 8), la mesure contestée s'impose déjà en raison des autres problèmes identifiés.

8.

Estimant que le rythme de croissance soutenu du Groupe n'avait pas été suivi au niveau organisationnel, que de nombreuses lacunes demeuraient d'actualité et que le service compliance ainsi que l'audit interne n'avaient pas été en mesure de s'assurer que les tarifs approuvés étaient appliqués, la FINMA a jugé adéquat et nécessaire de faire interdiction aux recourantes d'accueillir de nouveaux clients provenant de l'acquisition de portefeuilles ou de sociétés jusqu'à la fin de l'année 2016. La mesure doit selon elle permettre au Groupe de se réorganiser de manière conforme au droit de la surveillance. Les recourantes estiment pour leur part que cette mesure

n'est pas fondée sur une base légale, ne poursuit pas un intérêt public et viole le principe de la proportionnalité ; pour ces motifs, elle porte atteinte à la garantie de la liberté économique. Elles reprochent à la FINMA d'exagérer la gravité des manquements constatés et déclarent avoir entrepris les démarches nécessaires afin d'y remédier, les étapes de restructuration non encore réalisées n'étant au demeurant pas ordonnées par la FINMA et ne justifiant donc pas l'interdiction prononcée. Pour sa part, l'autorité déclare que la restructuration des sociétés ne constituait pas uniquement une suggestion mais qu'elle devait être effectuée car les défauts constatés se trouvaient à l'origine des manquements.

8.1 Les mesures de sûreté prononcées en vertu de l'art. 51 LSA sont en général la conséquence de manquements en matière d'organisation ou d'insuffisances financières. En vertu de la clause générale ancrée à l'al. 1 de cet article, si une entreprise d'assurance ou un intermédiaire ne se conforme pas aux dispositions de la présente loi ou d'une ordonnance, à des décisions de la FINMA ou encore si les intérêts des assurés paraissent menacés d'une autre manière, la FINMA prend les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour sauvegarder les intérêts des assurés. L'al. 2 énumère à titre exemplatif des mesures susceptibles d'être prises dans ce cadre ; d'autres moyens sont également envisageables sur la base de la clause générale ; l'autorité de surveillance peut par exemple exiger le paiement de la partie non libérée du capital social, des attributions supplémentaires au fonds d'organisation ou encore l'augmentation du capital (cf. Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353, 3394, ci-après : Message LSA). La FINMA dispose dès lors, comme dans les autres domaines relevant des marchés financiers soumis à sa surveillance, d'une large marge de manœuvre dans le choix des mesures qu'elle juge appropriées (cf. ATF 135 II 356 consid. 3.1 ; arrêt du TF 2C_565/2010 du 14 avril 2011 consid. 4.1). D'ailleurs, comme il a déjà été exposé plus haut (cf. supra consid. 2.2), la mesure retenue en l'espèce s'avère moins incisive que certaines parmi celles énumérées à l'art. 51 al. 2 LSR. Elle dispose dès lors d'une base légale. Au demeurant, l'argument des recourantes selon lequel la FINMA n'avait pas exigé impérativement une restructuration mais l'avait uniquement suggérée ne change rien à cette conclusion. Le prononcé de la mesure conservatoire peut intervenir également dans le cadre d'un processus informel de transformation comme celui entrepris par le Groupe après l'intervention de la FINMA.

8.2 L'intérêt public d'une mesure prononcée en vertu de l'art. 51 découle des objectifs poursuivis par la LSA, notamment la protection des assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA). La mesure conservatoire prononcée en l'espèce s'oriente sur cet objectif en visant à donner le temps au Groupe de se donner une organisation adéquate avant qu'il ne croisse par acquisitions externes. Elle poursuit dès lors un intérêt public.

8.3 Le principe de la proportionnalité se compose traditionnellement des règles d'aptitude - qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité - qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (cf. ATF 130 II 425 consid. 5.2 ; ATF 125 I 474 consid. 3). Il convient en l'espèce d'examiner si les manquements justifient la mesure encore à l'état actuel. En faveur des recourantes, on peut retenir le renouvellement des conseils d'administration, l'engagement de nouveaux responsables, l'adoption de mesures et règlements visant à améliorer la gouvernance d'entreprise et renforcer le système de contrôle interne et de comptabilité. Les recourantes semblent donc avoir la volonté de résoudre les problèmes subsistants. À l'inverse, il convient de relever que la réorganisation du Groupe ne devrait arriver à terme qu'en 2018 et que les mesures déjà en place n'ont pas encore fait leurs preuves. Les nouvelles personnes à la tête du Groupe devront démontrer que non seulement les organes mais également l'ensemble de la culture d'entreprise et le contrôle interne se conforment aux exigences du droit de la surveillance de sorte à mettre fin à la culture de gestion et de contrôle défailante qui régnait à l'époque des dirigeants démissionnaires. Nonobstant les mesures de réorganisation prises par les recourantes, il paraît adéquat, compte tenu également du fait que cette réorganisation se trouve toujours en cours de mise en œuvre, de restreindre la croissance des recourantes par acquisition afin de permettre la mise en place des mesures et d'en vérifier l'effectivité et la capacité à éviter ou détecter les problèmes constatés par le passé. En ce sens, la mesure est apte à atteindre le but fixé. Elle s'avère également nécessaire attendu que les recourantes ne se sont pas engagées d'une manière ou d'une autre à ralentir leur croissance pendant cette phase de restructuration. S'agissant de la proportionnalité au sens étroit, la protection des assurés actuels ou potentiels du Groupe au travers d'une mesure prononcée pour une durée d'environ 18 mois l'emporte sur celui des recourantes à développer leurs affaires au travers d'acquisitions de portefeuilles. L'existence d'un

dommage concret causé aux intérêts des sociétés ou de leurs assurés est peu pertinent au résultat ; plus important demeure le fait que le fonctionnement du Groupe était susceptible de mettre ces intérêts en danger et doit par conséquent être corrigé. En conclusion, il appert que la mesure prononcée respecte le principe de la proportionnalité.

8.4 La liberté économique individuelle garantie par l'art. 27 al. 1 Cst. comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (cf. ATF 132 I 97 consid. 2.1). Comme pour tout droit fondamental, les restrictions à la liberté économique doivent être fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 Cst.).

En l'espèce, comme il a été exposé plus haut, la mesure prononcée se fonde valablement sur l'art. 51 LSA, poursuit un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité. La restriction de la liberté économique des recourantes se révèle dès lors conforme aux exigences constitutionnelles.

Il convient encore de relever que la mesure ne doit pas sanctionner un comportement passé mais laisser au Groupe le temps d'améliorer son organisation ; elle ne s'avère donc pas punitive contrairement à ce que déclarent les recourantes.

9.

Compte tenu du résultat, il n'y a pas lieu de donner suite à la conclusion des recourantes tendant à ce que les frais de procédure prononcés par la FINMA soient réduits dans une proportion équitable si elles devaient obtenir gain de cause. Il convient simplement de constater que la perception des frais est valablement fondée sur les art. 5 al. 1 let. a et 8 de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de la FINMA du 15 octobre 2008 (Oém-FINMA, RS 956.122) en relation avec l'art. 15 LFINMA. Ne s'agissant en l'occurrence pas d'une procédure pour laquelle des tarifs-cadres sont fixés dans l'annexe de l'ordonnance, l'émolument est calculé en fonction du temps consacré et de l'importance de l'affaire pour la personne assujettie (art. 8 al. 3 Oém-FINMA). Le montant arrêté par la FINMA ne semble pas exagéré compte tenu de la durée et de l'ampleur de la procédure.

10.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral, ne relève pas d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté pour autant qu'il soit recevable.

11.

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

En l'espèce, les recourantes ont succombé dans l'ensemble de leurs conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à 9'000 francs, doivent être intégralement mis à leur charge à hauteur de 3'000 francs chacune. Ils seront compensés par les avances de frais du même montant versées par les recourantes dès l'entrée en force du présent arrêt.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 9'000 francs, sont mis à la charge des recourantes à hauteur de 3'000 francs chacune. Cette somme sera compensée par les avances de frais du même montant déjà versées dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- aux recourantes (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. ... ; acte judiciaire).

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Ivan Jabbour

Indication des voies de droit :

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

Expédition : 1^{er} novembre 2016