

Message

concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances [LSA]) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance

du

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de les approuver, un projet de loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance et un projet de modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

1996	M	96.3043	Loi fédérale sur le contrat d'assurance Modification dans l'intérêt du consommateur (N 21.6.96, Vollmer; E 11.12.96)
1999	P	99.3006	Fonds propres des banques/Surveillance des sociétés de bancassurance (N 9.3.99, Commission de l'économie et des redevances CN)
2001	M	00.3722	Loi sur la surveillance des assurances Encourager la prévention des dégâts causés par les éléments (N 23.3.01, Schmid Odilo; E 18.9.01)

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse

Le président de la Confédération, Pascal Couchepin
La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

Condensé

Le droit régissant la surveillance des entreprises d'assurance privées est actuellement réparti entre cinq lois fédérales. La clarté de la réglementation n'est pas suffisante, notamment pour les entreprises soumises à cette surveillance, et la dispersion des normes est parfois source d'insécurité juridique. Le présent projet, qui regroupe ces cinq lois dans un acte unique, doit rendre le droit de surveillance plus transparent et en faciliter ainsi l'application.

Cette refonte du droit de surveillance intervient alors que l'Union européenne a quasiment achevé la mise en place du marché intérieur et l'harmonisation du droit dans le domaine de l'assurance. Il a ainsi été possible de prendre en considération les principales évolutions qui se sont manifestées dans ce domaine en Europe. Dans le contexte du changement de paradigme qui voit le centre de gravité de la surveillance passer du contrôle préventif à un contrôle a posteriori des produits d'assurance (conditions générales et tarifs d'assurance), il convient de mentionner le renforcement de la surveillance de la solvabilité par une amélioration des instruments de surveillance (notamment l'introduction d'une marge de solvabilité dépendante des risques et l'institution d'un «actuaire responsable») et de la protection des consommateurs (amélioration de la transparence et introduction de la surveillance des intermédiaires entre autres).

Le projet a été complété aussi par un chapitre consacré à la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats financiers dans lesquels le secteur de l'assurance prédomine afin de tenir compte dans le nouveau droit de surveillance des modifications survenues sur les marchés financiers. Dans la perspective de l'harmonisation du droit de surveillance de l'ensemble du secteur des marchés financiers, il est proposé parallèlement d'adapter la loi sur les banques et la loi sur les bourses en ce qui concerne la surveillance des groupes financiers et des conglomérats financiers dans lesquels le secteur bancaire est prédominant.

L'abandon du contrôle préalable des produits et l'intensification de la concurrence qui lui est liée entraînent, avant tout pour des considérations tenant à la protection des consommateurs, le besoin de modifier la loi sur le contrat d'assurance. Un devoir d'information de l'assureur sur les principaux éléments du contrat doit en particulier être ancré dans la loi, de façon à accroître la transparence vis-à-vis des preneurs d'assurance. Les assureurs doivent être notamment tenus de renseigner sur les bases du calcul des excédents et de leur distribution, ainsi que de fournir des indications sur les valeurs de rachat et de réduction. Le projet tient en outre compte d'autres demandes liées au droit de la concurrence et à la protection des consommateurs comme, par exemple, l'abandon du principe de l'indivisibilité de la prime ou l'introduction de l'exigence d'un lien de causalité pour la réticence.

A l'origine, il était prévu de soumettre au Parlement le projet dans sa teneur d'alors en automne 2001 déjà. Mais la révision a été freinée par certains éléments ayant rendu un remaniement des projets nécessaire: les propositions d'introduction de la surveillance des groupes et des conglomérats ont conduit à formuler au niveau de la loi des dispositions analogues pour la surveillance des banques; cet élément, de

même que l'analyse du rapport final du «Groupe d'experts Zufferey», de décembre 2000, puis la désignation de la «Commission d'experts Zimmerli» ont provoqué une remise en question de ces propositions dans la perspective de la création d'une autorité de surveillance des marchés financiers intégrée et il a paru dès lors opportun d'attendre tout d'abord l'élaboration de la nouvelle loi sur les marchés financiers et d'examiner, parallèlement à la surveillance des marchés financiers, l'ensemble des questions liées à la surveillance des groupes et des conglomérats ainsi qu'aux instruments de surveillance qui leur sont liés. Dans le cadre de la Commission d'experts Zimmerli cet examen a été effectué et le projet de loi adapté dans la mesure où cela était nécessaire. D'autres modifications concernant des points particuliers, au travers de la nouvelle loi sur la surveillance des marchés financiers, ne sont certes pas à exclure, toutefois cela ne justifie pas un ajournement du projet de révision, car la loi sur la surveillance des assurances, avec ses nouveaux instruments, est indispensable à l'exercice matériel de la surveillance des assurances même dans la perspective de l'instauration d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers.

Message

1 **Partie générale**
1.1 **Situation actuelle**
1.1.1 **Loi sur la surveillance des assurances**
1.1.1.1 **Généralités**

L'actuelle surveillance exercée par la Confédération sur le secteur des assurances privées repose sur la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées (Loi sur la surveillance des assurances [LSA]; RS 961.01), ainsi que sur les quatre lois fédérales suivantes:

- Loi du 4 février 1919 sur les cautionnements des sociétés d'assurances étrangères (Loi sur les cautionnements; RS 961.02);
- Loi du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie (RS 961.03);
- Loi du 20 mars 1992 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (Loi sur l'assurance dommages [LAD]; RS 961.71);
- Loi du 18 juin 1993 sur l'assurance directe sur la vie (Loi sur l'assurance-vie [LAssV]; RS 961.61).

La répartition de la matière entre plusieurs lois, dont certaines datent en outre de plusieurs décennies, et les diverses ordonnances qui en découlent nuit à la compréhension des textes et à la sécurité juridique. C'est la raison pour laquelle un regroupement de l'ensemble du droit de surveillance des assurances dans une loi unique est devenu une nécessité.

L'évolution du droit de surveillance en Suisse a été notamment influencée par le processus d'unification qui a marqué ces dernières années le droit des assurances en Europe. C'est ainsi qu'un accord a été conclu le 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (Accord CEE; RS 0.961.01); cet accord, qui a trait à la liberté d'établissement des entreprises d'assurance suisses et européennes dans le domaine de l'assurance dommages, a été concrétisé dans la LAD.

Peu après, la loi sur l'assurance-vie a été promulguée et – à la suite du rejet de l'Accord sur l'Espace économique européen – de nombreuses dispositions ont été introduites dans le cadre du programme désigné sous le nom de *Swisslex*, qui reflètent l'acquis communautaire à l'époque de leur adoption; ces dispositions sont toutefois munies d'une clause de réciprocité subordonnant leur mise en vigueur à la conclusion de traités de droit international public. Or, à l'exception de celui avec la principauté de Liechtenstein (voir ch. 1.1.1.5), la Suisse n'a pas encore conclu de tels traités et la présence dans la législation de nombreuses dispositions qui sont demeurées lettre morte jusqu'ici est un facteur supplémentaire contribuant au manque de clarté du droit de surveillance actuel; en raison de ce manque de clarté, il s'avère souvent difficile, notamment pour les assureurs étrangers et pour les intermédiaires

agissant pour eux, de connaître avec précision les conditions d'exercice de leur activité dans notre pays.

1.1.1.2 Surveillance actuelle

Jusqu'ici, la surveillance a consisté principalement à contrôler et à garantir la solidité financière des institutions d'assurance, sur la base des rapports qu'elles sont tenues de remettre à l'autorité de surveillance. En outre, des inspections ont été effectuées au siège des sociétés et les produits d'assurance, soumis à une obligation d'approbation préalable à leur utilisation tant en ce qui concerne leur contenu (conditions générales d'assurance) que leur prix (tarifs), ont fait l'objet d'un contrôle étendu.

1.1.1.3 Tendances de la révision législative

L'on a pu constater, notamment sur le plan européen, une évolution de la surveillance caractérisée par un renforcement du contrôle de la solvabilité et l'abandon progressif du contrôle systématique préalable des produits pour un contrôle a posteriori. Ce déplacement du centre de gravité de la surveillance implique une adaptation des instruments de surveillance. Le projet de nouvelle loi de surveillance doit permettre de réaliser cet objectif, tout en conservant le principe dit de la surveillance matérielle. La surveillance matérielle qu'exerce l'Etat permet à l'autorité de surveillance d'influer sur l'exploitation même d'une institution d'assurance lorsque cela s'avère nécessaire pour atteindre les objectifs de la surveillance, la sauvegarde des intérêts des assurés par exemple (cf. Message concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées, du 5 mai 1976 dans: FF 1976 II 851 ss., ch. 232).

1.1.1.4 Nouvelle orientation de la surveillance/Task Force

Durant l'été 2002, le Département fédéral de justice et police a constitué deux commissions pour examiner l'activité de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP): la commission «Transparence», conduite par le professeur Martin Janssen et la commission «Tâches et compétences de l'OFAP», conduite par le professeur Gerhard Schmid. Les commissions ont rendu leurs rapports entre les mois de septembre et novembre 2002. Ils contiennent des propositions pour une nouvelle orientation de la surveillance des assurances, notamment aussi celle de la désignation d'une Task Force devant soutenir l'OFAP dans la définition de cette nouvelle orientation.

La Task Force a été constituée en novembre 2002 par le nouveau directeur de l'OFAP et a commencé ses travaux sous sa conduite. L'objectif était de connaître le point de vue d'experts indépendants sur l'avant-projet de nouvelle loi sur la surveillance des assurances (avant-projet soumis à la consultation des milieux intéressés) et de soumettre d'éventuelles propositions de modifications. Mais, étant donné l'urgence de la réalisation de certains éléments prévus par l'avant-projet ayant fait

l'objet de la consultation (par exemple la surveillance des intermédiaires), un nouveau report était indésirable et l'on a renoncé à un réaménagement fondamental qui aurait rendu une nouvelle consultation nécessaire. Pour permettre toutefois à la Task Force d'élaborer ses propositions en toute liberté, celles-ci ont été subdivisées dans les trois catégories suivantes:

1. Propositions à reprendre dans le présent projet
2. Propositions à introduire dans l'ordonnance y relative
3. Propositions nécessitant une analyse approfondie et éventuellement une consultation et qui devront être renvoyées à plus tard

De nombreuses propositions existent aussi bien en ce qui a trait à l'ordonnance que pour ce qui est de la révision partielle ultérieure de la LSA (catégories 2 et 3); elles ne sont pas abordées plus en détail dans ce message. Ce qui est important à ce stade, ce sont les propositions de la Task Force relatives au projet ayant fait l'objet de la consultation (catégorie 1) qui sont transposées dans le présent projet. En plus d'une série d'adaptations de peu d'importance, il s'agit principalement des trois domaines suivants:

- a. Adaptation de la définition de la solvabilité (art. 8). Le texte qui est proposé maintenant permet de calculer la marge de solvabilité en tenant compte des risques auxquels l'entreprise d'assurance est effectivement exposée. En font notamment partie aussi les risques financiers et opérationnels. La Suisse anticipe ainsi les développements futurs dans les Etats de l'Union européenne (UE); les règles de l'UE continuent naturellement à être prises en considération, comme c'est le cas dans le droit actuel. Dans l'ordonnance y afférente, il conviendra de veiller à ce que cette anticipation de règles futures de l'UE (de même que d'autres tendances qui se manifestent au niveau mondial) ne lèse pas la place financière suisse, ce que l'on peut éviter au moyen de règles transitoires correspondantes. L'objectif est de renforcer la place financière suisse à long terme.
- b. Renforcement de la position de l'autorité de surveillance dans le domaine du gouvernement d'entreprise [«Corporate Governance»] (en particulier art. 14, 23 et 24, 27 à 30 et 45).
- c. Renforcement de la surveillance quant aux exigences en matière de transparence et de protection des consommateurs (en particulier art. 31, 36 s., 38 ss., 44 ss., et 83 s., ainsi qu'art. 3 du projet de modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, LCA).

Les deux points b et c tiennent compte du fait que l'axe principal de la nouvelle loi réside dans l'abandon du contrôle préalable des produits. Il doit être remplacé non seulement par un contrôle renforcé et affiné de la solvabilité, mais aussi par des instruments de surveillance plus efficaces dans les domaines du gouvernement d'entreprise, de la transparence et de la protection des consommateurs. Il s'agit notamment aussi de préciser quelles sont les tâches de l'actuaire responsable.

La Task Force est arrivée à la conclusion que l'avant-projet soumis à la consultation traite des principaux aspects de la nouvelle orientation et ne doit être complété que dans les trois domaines susmentionnés. Ces compléments ont été discutés avec les associations concernées (travailleurs, employeurs, Association Suisse d'Assurances, protection des consommateurs). Leurs remarques ont été prises en considération

pour autant que cela soit en harmonie avec les objectifs de la nouvelle orientation de la surveillance et paraisse possible sans qu'il soit nécessaire de procéder à une consultation plus étendue.

1.1.1.5 Euro-compatibilité

La réorientation de la surveillance doit permettre de réaliser un deuxième objectif de la révision, à savoir l'amélioration de l'euro-compatibilité du droit suisse en la matière. La libre prestation de services ne peut toutefois être introduite que si un accord de droit international public – comme par exemple les «Bilatérales II» – garantissant l'équivalence et la reconnaissance des prescriptions et des mesures de surveillance a été conclu avec ces Etats. Le 19 décembre 1996, la Suisse a cependant conclu avec la Principauté de Liechtenstein un accord sur l'assurance directe, mis en vigueur le 9 juillet 1998 (RS 0.961.514). Cet accord fixe le cadre normatif dans lequel la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services en matière d'assurance directe sont garanties entre la Suisse et le Liechtenstein; l'accord constate l'équivalence des deux droits de surveillance. A l'instar du système institué dans l'UE par les «troisièmes directives assurance», la surveillance des opérations d'assurance effectuées par l'intermédiaire d'un établissement ou en régime de libre prestation de services est assumée par le pays du siège social de l'entreprise d'assurance. L'accord et son annexe contiennent les règles directement applicables, venant compléter les règles existantes de droit interne afin que le système puisse fonctionner de manière équivalente dans les deux pays (Message et texte de l'accord dans: FF 1997 II 225 ss.).

1.1.1.6 Interventions parlementaires

Le 14 décembre 2000, le conseiller national Odilo Schmid a déposé une motion (00.3722 Loi sur la surveillance des assurances. Encourager la prévention des dégâts causés par les éléments) ayant la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement, en même temps que le projet de révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA), qui est actuellement en préparation, des propositions permettant de mettre la prévention des dommages dus à des événements naturels sur un pied d'égalité avec la prévention des incendies.»

Dans sa déclaration écrite du 14 février 2001, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter la motion. Le 23 mars 2001, le Conseil national a décidé, sans discussion ni opposition, de transmettre la motion. Le 18 septembre 2001, le Conseil des Etats a également décidé d'adopter la motion. La commission du Conseil des Etats a relevé que la motion ne conduisait qu'à étendre les possibilités d'affectation des contributions destinées jusqu'ici à la lutte contre le feu. Il a été tenu compte de cette motion dans la rédaction de l'art. 85 du projet de LSA.

Le 26 janvier 1999, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national a déposé le postulat (99.3006) Fonds propres des banques/Surveillance des sociétés d'assurance:

- «1. Le Conseil fédéral est prié de présenter au Parlement un rapport sur les banques élaboré en collaboration avec les milieux concernés. Dans ce rapport, il examinera notamment les exigences que posent aux fonds propres les opérations à haut risque, que les banques effectuent pour leur propre compte, et les dangers de ce système. Le cas échéant, il soumettra au Parlement des mesures pour réduire les risques liés à ces opérations.
2. Le Conseil fédéral est également prié de défendre un renforcement général des exigences concernant les fonds propres des banques et des instituts financiers qui opèrent à l'échelle internationale, au cours des négociations du Comité de Bâle.
3. Enfin, le Conseil fédéral présentera au Parlement un projet de loi régissant la surveillance des sociétés de bancassurance.»

Le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter le postulat. Le ch. 3 du postulat concerne aussi les entreprises d'assurance faisant partie de groupes d'entreprises dont les membres sont actifs dans plusieurs secteurs de la prestation de services financiers. Le présent projet régleme la surveillance des conglomérats d'assurance, ainsi que celle des conglomérats financiers par le biais d'une adaptation de la loi sur les banques dans les dispositions finales. Il est ainsi tenu compte de la demande formulée au ch. 2 du postulat d'un renforcement des exigences en matière de fonds propres pour les groupes d'entreprises.

1.1.2 Loi sur le contrat d'assurance

L'actuel droit du contrat d'assurance, en tant que droit régissant les relations entre les parties à un tel contrat, est régi par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1). Bien que la LCA soit considérée comme répondant aux besoins de la pratique dans une large mesure, elle a soulevé d'importantes critiques sur plusieurs points; la doctrine, notamment, lui reproche depuis longtemps de ne pas offrir un équilibre suffisant entre les obligations des assureurs et celles des preneurs d'assurance et des ayants droit. Cette situation a été à l'origine d'une intervention parlementaire du conseiller national David (90.732 Contrat d'assurance. Révision totale de la loi). Cette intervention a été transmise au Conseil fédéral sous forme de postulat le 14 décembre 1990 (BO CN 1990 2426). Le Conseil fédéral a considéré alors que la nécessité d'une révision totale de la LCA, même si celle-ci donnait lieu à certaines critiques, ne présentait pas un caractère d'urgence et qu'en outre, une telle révision était prématurée en raison notamment de l'évolution qui se manifestait, plus particulièrement au sein de la Communauté européenne, dans le domaine du droit de surveillance et du droit privé des assurances.

Deux des points du droit du contrat d'assurance ayant donné lieu à des critiques par le passé ont été plus récemment l'objet d'interventions de la part de la Commission des cartels, d'une part (voir ch. 1.1.2.1 ci-après) et dans une motion Vollmer, d'autre part (voir ch. 1.1.2.2 ci-après): il s'agit du principe de l'indivisibilité de la prime (art. 24 LCA) et du sort du contrat en cas de changement de propriétaire d'objets assurés (art. 54 LCA).

1.1.2.1 **Recommandations de la Commission des cartels**

Dans le cadre d'une enquête portant sur la «Renonciation au débauchage des assurés en cas d'adaptation des primes», la Commission des cartels [actuellement: Commission de la concurrence] a formulé les recommandations suivantes à l'intention du Conseil fédéral (voir: «Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix» 3/1995, p. 171 ss.):

«L'art. 24 de la loi sur le contrat d'assurance doit être révisé de manière à introduire le principe de la divisibilité de la prime dans la loi.

L'art. 54 de la loi sur le contrat d'assurance doit être révisé dans le sens d'une plus grande liberté d'accès au marché, notamment au niveau de la disposition régissant les changements de propriétaire.»

Dans son analyse des conséquences de l'art. 24 LCA, la Commission des cartels a constaté que sur le marché des assurances RC et casco auto notamment, l'application du principe de l'indivisibilité de la prime entraînait la perte d'une partie de la prime pour l'assuré désirant résilier son contrat à l'occasion d'un changement de véhicule ou de détenteur. La commission a relevé que, de ce fait, les preneurs d'assurance souhaitant changer de véhicule en cours d'année étaient notablement atteints dans leur liberté de contracter et qu'il était également très difficile pour tout nouveau concurrent de pénétrer sur le marché en question. C'est pourquoi, la Commission des cartels a recommandé au Conseil fédéral de réviser l'art. 24 LCA et d'introduire le principe de la divisibilité de la prime (voir aussi ch. 2.2.2 ci-après).

Il découle de l'art. 54 LCA que le risque de la chose assurée reste chez l'assureur lors d'un changement de propriétaire et que la prime échue au moment de la mutation est due à la fois par l'ancien et par le nouveau propriétaire. La Commission des cartels considère que cette disposition pose problème, d'une façon générale, du point de vue de la politique de concurrence, en limitant l'accès au marché pour tout nouveau concurrent; la commission considère qu'il convient toutefois de relativiser l'effet de l'art. 54 LCA dans le domaine des véhicules, étant donné la distinction faite entre détenteur et propriétaire. Ces considérations ont conduit la Commission des cartels à recommander au Conseil fédéral de revoir l'art. 54 LCA dans le sens d'une plus grande liberté d'accès au marché (voir aussi ch. 2.2.2 ci-après).

1.1.2.2 **Interventions parlementaires**

a. Il a été question du postulat David ci-dessus sous ch. 1.1.2.

b. Le 6 mars 1996, le conseiller national Vollmer a déposé une motion (96.3043 Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Modification dans l'intérêt du consommateur) ayant la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est chargé de préparer immédiatement la révision des art. 24 et 54 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), le principe de l'indivisibilité de la prime, inscrit à l'art. 24, étant même considéré aujourd'hui par la Commission des cartels comme un fossile de l'histoire, contraire à la notion d'équité du contrat.»

Art. 24

«Dans l'intérêt du consommateur, qui perd aujourd'hui encore une partie de sa prime, par exemple s'il change de compagnie d'assurance à la suite d'un changement de véhicule, il faut introduire dans la loi le principe de la divisibilité de la prime.»

Art. 54

«La disposition qui prévoit à l'al. 1 que si l'objet du contrat d'assurance change de propriétaire, les droits et les obligations qui découlent du contrat passent à l'acquéreur, empêche les nouveaux assureurs d'accéder au marché, raison pour laquelle il faut la modifier.»

Dans sa déclaration écrite du 15 mai 1996, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter la motion. Le 21 juin 1996, le Conseil national a décidé, sans discussion ni opposition, de transmettre la motion. Le 11 décembre 1996, le Conseil des Etats a également transmis la motion. Les arguments invoqués par le rapporteur pour le Conseil des Etats en faveur de l'acceptation de la motion se recourent dans une large mesure avec ceux qui ont été à la base des recommandations de la Commission des cartels (voir ch. 1.1.2.1 ci-dessus).

1.2 Résultats de la procédure préliminaire

1.2.1 Généralités

Le 16 septembre 1998, le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral de justice et police (DFJP) à soumettre les avant-projets de révision du droit de surveillance des assurances et de modification de la LCA pour avis au Tribunal fédéral, au Tribunal fédéral des assurances, aux cantons, aux partis politiques ainsi qu'aux organisations intéressées. La procédure de consultation a duré jusqu'à la fin du mois de janvier 1999. Au total, 74 réponses détaillées ont été recueillies (des deux tribunaux fédéraux, de 24 cantons, de 3 partis politiques et de 45 autres organismes et organisations).

1.2.2 Loi sur la surveillance des assurances

D'une façon générale, les participants à la consultation ont approuvé les principaux objectifs visés par l'avant-projet, à savoir:

- la réorientation de la surveillance, en mettant l'accent non plus sur le contrôle préventif des produits, mais sur un contrôle a posteriori lié à une surveillance accrue de la solvabilité des entreprises;
- l'amélioration de l'euro-compatibilité;
- le regroupement du droit de surveillance dans un unique texte de loi.

1.2.3 Loi sur le contrat d'assurance

Les objectifs primaires à réaliser par la modification de la LCA (adaptation au nouveau droit de surveillance, amélioration de l'information des assurés, modifications dictées par des interventions parlementaires) ont été également considérés comme positifs.

1.2.4 Points controversés

Si, globalement, les propositions de révision du droit de surveillance des assurances et de modification de la LCA ont généralement été accueillies favorablement, les réponses fournies lors de la consultation ont fait apparaître sur de nombreux points importants des divergences profondes, voire des opinions diamétralement opposées quant à la façon de concrétiser ces objectifs. Parmi les points controversés, on peut mentionner surtout:

1.2.4.1 Loi sur la surveillance des assurances

- L'abandon de tout contrôle systématique préalable des tarifs, également pour les produits d'assurance liés à des assurances sociales;
- le maintien de l'interdiction de l'exercice direct d'activités étrangères à l'assurance;
- l'étendue du pouvoir d'intervention de l'autorité de surveillance en cas de comportement abusif des entreprises d'assurance et des intermédiaires à l'égard des assurés;
- les rapports entre l'actuaire responsable et l'autorité de surveillance;
- les catégories d'intermédiaires devant être soumis à la surveillance et l'introduction d'un registre des intermédiaires;
- la compétence de juridiction et les voies de droit dans les contestations en matière de droit des assurances privées.

1.2.4.2 Loi sur le contrat d'assurance

- L'étendue des devoirs d'information des assurés par l'assureur et la sanction de la violation de ces devoirs d'information;
- les éventuelles exceptions à prévoir au principe de la divisibilité de la prime, devant remplacer l'actuel principe de l'indivisibilité de la prime;
- le droit de l'assureur de modifier unilatéralement les contrats en cours;
- le sort du contrat d'assurance en cas de transfert de propriété de l'objet du contrat.

1.2.5 Remaniement des avant-projets après la consultation

1.2.5.1 Droit de surveillance des assurances

Les modifications apportées à la suite du dépouillement et de la pondération des réponses à la consultation sur des points ayant fait apparaître des divergences (cf. ch. 1.2.4 ci-dessus) sont commentées, si nécessaire, dans le cadre des remarques relatives aux diverses dispositions du projet; toutefois, il paraît opportun de traiter préalablement certaines questions importantes.

1.2.5.1.1 Accès à l'activité d'assurance et exercice de l'activité

a. Selon le droit de surveillance actuel, une entreprise qui désire commencer à exercer une activité en matière d'assurance doit renseigner l'autorité de surveillance de façon détaillée sur l'ensemble de l'activité qu'elle entend exercer. Les documents et informations communiqués à cet effet (plan d'exploitation) sont soumis à une approbation préalable par l'autorité de surveillance. L'agrément n'est délivré que lorsque l'autorité de surveillance a pu se persuader que l'entreprise d'assurance offre toutes garanties concernant sa solvabilité, son organisation et la conduite de ses affaires. Les modifications du plan d'exploitation survenant ultérieurement sont également soumises à une approbation préalable par l'autorité de surveillance, dans le cadre de la surveillance matérielle des entreprises d'assurance.

Le projet reprend la conception retenue dans l'avant-projet, à savoir l'exigence d'une approbation par l'autorité de surveillance des principaux éléments du plan d'exploitation avant l'octroi de l'autorisation d'exercer une activité et lors de modifications ultérieures. Cependant, l'obligation d'approbation préalable de la modification de certaines parties du plan d'exploitation est remplacée par une procédure simplifiée (voir ch. 2.1.2.2.1 ci-après).

La proposition des assureurs de ne plus prévoir de procédure d'approbation des modifications du plan d'exploitation, mais uniquement une notification a posteriori et cela pour les seules modifications qualifiées d'importantes n'est pas retenue car elle priverait la surveillance d'un de ses instruments essentiels. De plus, une distinction entre des éléments que l'on qualifierait d'importants et d'autres que l'on considérerait comme étant sans importance ne constitue pas un critère utilisable dans le cadre des procédures d'examen des conditions d'octroi de l'agrément ou des modifications de ces conditions.

b. L'avant-projet prévoyait – par analogie avec la législation relative au secteur bancaire – que seules les entreprises ayant obtenu une autorisation d'exploitation pourraient faire figurer le terme «Assurance» ou «Assureur» dans leur raison sociale ou dans leur publicité. Les obstacles pratiques invoqués lors de la consultation ont conduit à renoncer à cette idée dans le projet.

1.2.5.1.2 Calcul de la solvabilité

Auparavant, la marge de solvabilité, c'est-à-dire – simplement dit – le capital nécessaire en plus des provisions techniques, était calculée principalement en fonction du volume des affaires (recettes de primes et charges pour sinistres). Certes, en sous-évaluant les actifs, on conférait à la marge de solvabilité une provision implicite assurant la couverture des risques liés aux investissements, mais cette sous-évaluation aurait été déterminée à une époque où les marchés financiers étaient moins volatiles qu'aujourd'hui. Lorsque, ces derniers temps, certaines entreprises d'assurance se sont mises à investir des parts plus importantes de leurs biens dans des instruments plus hasardeux et que les marchés des capitaux sont devenus plus volatiles, il s'est avéré que la marge de solvabilité ne présentait plus la sécurité nécessaire. C'est pourquoi, le contrôle de la solvabilité doit à l'avenir tenir compte des risques actuariels, des risques de placements comme des risques opérationnels (voir aussi ch. 1.1.1.4 et commentaire de l'art. 9 sous ch. 2.1.2.2.2). Par conséquent, la marge de solvabilité sera plus importante lorsque l'entreprise d'assurance possède un portefeuille de placements risqué, avec une forte concentration de risques. De la même façon, les exigences relatives à la solvabilité seront plus élevées pour une entreprise d'assurance exposée à des risques opérationnels élevés, peut-être en raison de l'absence d'un gouvernement d'entreprise optimum. Les spécificités exactes d'un tel calcul de la solvabilité orienté vers les risques ne peuvent figurer dans la loi en raison de leur caractère technique; elles devront être définies dans l'ordonnance.

1.2.5.1.3 Actuaire responsable

Le projet prévoit pour toutes les entreprises d'assurance l'obligation de désigner un «Actuaire responsable»; cela a paru nécessaire notamment en raison du passage du contrôle préalable des produits d'assurance à un contrôle a posteriori, ainsi que de l'accentuation du contrôle de la solvabilité des entreprises. Parmi les tâches incombant à l'actuaire responsable figurent le choix des bases techniques, le calcul des provisions techniques, l'appréciation des répercussions financières de l'activité de l'entreprise, ainsi que la garantie du respect des règles légales en la matière (voir aussi ch. 2.1.2.3.3 ci-après).

L'avant-projet prévoyait l'obligation pour l'actuaire responsable de renseigner l'autorité de surveillance lorsque les organes responsables de l'entreprise d'assurance ne prendraient pas les mesures nécessaires pour pallier les insuffisances manifestes qui auraient été constatées. Lors de la consultation, il a été relevé à juste titre qu'une telle double fonction – au sein de l'entreprise et vis-à-vis de l'autorité de surveillance – mettrait l'actuaire responsable dans une situation de conflit d'intérêts. Par conséquent, le projet ne prévoit plus de relation directe de l'actuaire responsable avec l'autorité de surveillance. Les rapports périodiques que l'actuaire aura à établir sur son activité et ses constatations seront remis aux organes dirigeants de l'entreprise d'assurance. Ces rapports ne seront communiqués à l'autorité de surveillance que lorsque celle-ci demandera à en prendre connaissance, ce qu'elle peut faire en tout temps en vertu des compétences générales que lui confère l'existence d'une surveillance matérielle. Elle pourra ainsi être à même d'exercer une influence sur la concrétisation des mesures qu'exigent les constatations de l'actuaire responsable.

1.2.5.1.4 Surveillance des intermédiaires

a. La soumission des intermédiaires d'assurance à une surveillance et l'introduction d'un registre des intermédiaires ont été accueillies favorablement.

L'avant-projet prévoyait de faire dans le droit de surveillance une distinction semblable à celle que l'on rencontre dans le droit du contrat d'assurance entre intermédiaires stipulateurs et intermédiaires négociateurs. Plusieurs participants à la consultation ont demandé de renoncer à ce critère de distinction et de distinguer les intermédiaires en fonction de la nature de leurs liens avec les entreprises d'assurance. Le projet de loi prévoit, en tenant compte des caractéristiques du marché suisse, de retenir ce dernier critère, en subdivisant les intermédiaires en deux catégories, à savoir les courtiers (qui ne sont pas liés à des entreprises d'assurance) et les autres intermédiaires. La distinction des intermédiaires en fonction de la nature de leurs liens avec les entreprises d'assurance est aussi celle qui est à la base de la réglementation actuelle relative aux intermédiaires dans l'UE, où l'on distingue les intermédiaires qui interviennent en vue de la conclusion de contrats sans être liés à des entreprises d'assurance déterminées et ceux qui exercent leur activité pour le compte d'un ou plusieurs assureurs ainsi que les agents occasionnels.

b. La question de l'obligation d'inscription des intermédiaires d'assurance dans un registre spécial a suscité des réponses diverses. Certains participants souhaitaient que toute personne exerçant professionnellement une activité d'intermédiaire soit obligatoirement inscrite dans le registre, sans égard à ses pouvoirs de représentation; selon d'autres participants, dont les assureurs, l'enregistrement devrait être facultatif.

Le projet prévoit maintenant l'enregistrement obligatoire des courtiers. L'enregistrement est subordonné à diverses exigences, notamment en matière de qualification professionnelle et sur le plan de la sécurité financière. L'enregistrement doit se faire dans un registre central et l'autorité de surveillance a le droit et l'obligation d'examiner périodiquement si les conditions d'enregistrement sont encore remplies et, le cas échéant, de rendre des décisions de révocation de l'enregistrement. En outre, chaque entreprise d'assurance doit être à même d'indiquer, sur demande, si un intermédiaire lui est lié et, par conséquent, indépendamment du fait que l'intermédiaire soit autorisé ou non par un règlement interne à accomplir ces actes et qu'il agisse en qualité d'auxiliaire au sens du droit des obligations (voir aussi ch. 2.2.2 ci-après).

1.2.5.1.5 Compétence de juridiction

Actuellement, les litiges dans le domaine du droit des assurances sociales et ceux en matière de droit privé des assurances ne relèvent pas des mêmes juridictions. Cette situation a parfois été critiquée, notamment lorsque l'on est en présence d'assurances complémentaires à des assurances sociales, plus particulièrement dans le domaine de l'assurance-maladie. C'est pourquoi les participants à la consultation ont été invités à se prononcer sur l'idée de confier aux tribunaux d'assurance (actuellement compétents en matière d'assurances sociales) la compétence de juridic-

tion dans le domaine du droit privé des assurances, quelles que soient les branches concernées.

Cette idée s'est heurtée à une opposition quasi unanime. Les tribunaux fédéraux, presque tous les cantons qui se sont exprimés et une majorité des organisations ayant répondu à la consultation ont fait valoir des arguments juridiques et pratiques contre un tel changement de système; la situation actuelle devrait par conséquent être maintenue. Cela n'empêche pas le législateur de prévoir de cas en cas des solutions particulières en matière d'assurances sociales, comme il l'a déjà fait pour les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale en instaurant une simplification des règles de procédure (art. 47, al. 2 et 3, LSA).

1.2.5.1.6 Groupes d'assurance et conglomérats financiers

1.2.5.1.6.1 Situation initiale

La refonte du droit de surveillance des assurances intervient dans une période où l'on assiste toujours davantage à des changements structurels des marchés de l'assurance et des produits financiers en général, non seulement en Suisse mais à l'échelle mondiale. Cela a eu pour effet que dans plusieurs pays, pas uniquement en Europe, les organes de surveillance des assurances, des banques et des bourses, souvent aussi d'autres autorités de surveillance, en particulier celles des caisses de pensions, ont été regroupées au sein d'une autorité unique de surveillance des marchés financiers. Cette évolution est en cours en Suisse également. L'origine de telles tendances réside dans l'imbrication croissante des banques, des assureurs et d'autres entreprises financières qui fait paraître insuffisante la surveillance isolée d'entreprises individuelles. C'est pourquoi le 27 octobre 1998 déjà, l'UE a adopté une directive sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance¹ puis, le 16 décembre 2002, une directive analogue relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier². L'importance des affaires des assureurs suisses dans l'UE, d'une part, et la non-appartenance de la Suisse à l'UE, d'autre part, ont pour conséquence que plusieurs entreprises suisses importantes sont soumises à une surveillance complémentaire par une autorité de surveillance d'un Etat de l'UE sur la base des directives relatives à la surveillance complémentaire. Les différences entre les normes de surveillance auxquelles les sociétés suisses sont soumises de ce fait et l'absence de bases légales pour la nécessaire collaboration des autorités de surveillance en Suisse et dans les Etats de l'UE mettent en évidence l'importante lacune que constitue l'absence d'une surveillance des groupes et des conglomérats dans le droit suisse. Les autorités compétentes ont certes développé des instruments de surveillance particuliers pour les conglomérats englobant des entreprises du secteur bancaire et de celui de l'assurance; ils reposent toutefois sur des cas particuliers et ne peuvent être transposés à d'autres cas qu'à grand-peine. En outre, les aspects spécifiques de la surveillance des groupes d'assurance sont pour une large part négligés.

¹ Directive 98/78/CE du Parlement européen et du Conseil du 27.10.1998, JO n° L 330 du 5.12.1998, p. 1 à 12.

² Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16.12.2002, JO n° L 35 du 11.2.2003, p. 1 à 27.

La création de bases légales pour une surveillance complémentaire des groupes d'assurance et des conglomérats apparaît donc comme indispensable.

1.2.5.1.6.2 Rapport sur «La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse»

Le groupe d'experts «Surveillance des marchés financiers» constitué en 1998 par le Département fédéral des finances et présidé par le professeur Jean-Baptiste Zufferey a eu pour mandat d'examiner les forces et les faiblesses de la réglementation et de la surveillance des marchés financiers en Suisse et d'émettre des propositions dans ce domaine. Le rapport final présenté en novembre 2000 contient un certain nombre de propositions relatives aux divers domaines de surveillance et à l'organisation de la surveillance des marchés financiers. Concernant le secteur de l'assurance, le groupe d'experts propose d'axer la surveillance en premier lieu sur la protection des assurés. Il a accueilli favorablement l'orientation donnée de ce point de vue à l'avant-projet de nouvelle loi de surveillance des assurances mis en consultation, orientation qui est également celle qui caractérise le présent projet. Le groupe d'experts a également accueilli favorablement le passage du contrôle préalable systématique des produits d'assurance à un contrôle a posteriori et le renforcement de la surveillance visant au maintien de la solvabilité globale des entreprises. Cette conception qui existe déjà depuis quelques années pour l'assurance autre que l'assurance sur la vie – à l'exception de l'assurance-maladie complémentaire et de l'assurance des dommages dus aux éléments naturels – doit maintenant être généralisée; les conditions-cadres de la protection des assurés (comme l'introduction de la fonction d'actuaire responsable, les règles relatives aux intermédiaires ou encore l'amélioration des informations destinées aux assurés) doivent être institutionnalisées dans le même temps. Le renforcement prévu du rôle des organes de révision peut paraître en contradiction avec l'avis exprimé dans le rapport du groupe d'experts selon lequel il n'est pas indispensable d'introduire un système de surveillance dualiste avec l'aide de réviseurs externes. Il convient cependant de relever, d'une part, que le droit actuel permet déjà de recourir à des tiers (par exemple des sociétés fiduciaires) pour l'accomplissement de certaines tâches de surveillance et, d'autre part, que l'évolution du marché financier conduit à la constitution de groupes et de conglomérats renforcés faisant apparaître comme judicieux un recours accru à des tiers particulièrement qualifiés pour exécuter des tâches de surveillance (voir ch. 2.1.2.3.5 et 2.1.2.5.1 ci-après). Il ne peut pas être donné suite à la recommandation visant à ne pas interdire aux entreprises d'assurance l'accès aux activités dites étrangères à l'assurance. Ainsi que le groupe d'experts l'a lui-même constaté, il existe dans les directives de l'UE des règles claires empêchant les entreprises d'assurance d'exercer des activités sans lien direct avec les opérations d'assurance. Or, d'une part la Suisse est déjà liée dans une certaine mesure par le droit de l'UE et de l'Espace économique européen en raison des accords qu'elle a conclus avec l'UE dans le domaine de l'assurance directe non-vie (Accord CEE [RS 0.961.01]) et avec la Principauté de Liechtenstein concernant la libre prestation de services; d'autre part, dans la perspective d'éventuels nouveaux accords bilatéraux, il ne faut pas provoquer sans nécessité des divergences par rapport au droit de l'UE (voir aussi ch. 2.1.2.2.2 ci-après).

1.2.5.1.6.3 Dispositions concernant la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance

Le présent projet reprend la recommandation du groupe d'experts de renforcer, dans le sens du droit européen actuel, la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats dans lesquels le secteur de l'assurance est prédominant dans le sens du droit européen actuel et de poursuivre, afin d'accumuler des expériences, la pratique existante en matière de surveillance des conglomérats mise sur pied en commun par les autorités de surveillance des assurances et des banques. Il convient tout d'abord de créer les bases juridiques qui font encore défaut dans le domaine de l'assurance, sans préjuger du résultat des travaux futurs liés à la mise sur pied d'une surveillance globale des marchés financiers et à la création d'une autorité intégrée de surveillance des marchés financiers. Dans le cadre de son mandat, la commission d'experts instituée le 30 novembre 2001 et présidée par le professeur Ulrich Zimmerli (voir aussi ch. 2.1.3.5.1.1, ci-après) devait, si nécessaire, préciser les dispositions légales concernant la surveillance de la bancassurance et des conglomérats en se fondant sur les dispositions proposées dans le cadre de la révision en cours de la loi sur la surveillance des assurances. Lors de plusieurs de ses séances, la commission d'experts a discuté de manière approfondie les dispositions en cause et fait part de ses souhaits.

1.2.5.2 Loi sur le contrat d'assurance

Plusieurs participants à la consultation ont regretté que la révision du droit de surveillance ne soit pas accompagnée d'une révision totale de la LCA, considérée comme dépassée dans son contenu et sa structure; d'autres participants, sans s'opposer à une révision totale ultérieure, ont souhaité une stricte limitation de la révision en cours aux seules modifications rendues nécessaires par les objectifs de la révision du droit de surveillance (voir ch. 1.2.3 ci-dessus) et par la motion Vollmer (voir ch. 1.1.2.2 ci-dessus). C'est cette seconde voie qui est retenue dans le projet de modification de la LCA.

Les ch. 1.2.5.2.2 et 1.2.5.2.3 ci-après renseignent sur les points auxquels il est renoncé dans la présente révision partielle de la LCA. Les autres modifications par rapport à l'avant-projet sont, si nécessaire, abordées dans le commentaire des diverses dispositions du projet (ch. 2.2 ci-après).

1.2.5.2.1 Réticence et devoir d'information

Si la personne qui doit faire une déclaration lors de la conclusion du contrat (en général le futur preneur d'assurance) omet de déclarer ou déclare inexactement un fait important qu'il connaît ou devrait connaître (réticence; art. 6 LCA), l'assureur n'est pas lié par le contrat, selon le droit en vigueur, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence (résolution du contrat ex tunc). La sanction actuelle de la réticence (droit de l'assureur de mettre fin au contrat ex tunc; obligation pour le preneur de restituer les prestations reçues, l'assureur conservant son droit à la prime convenue) est fré-

quemment considérée comme trop sévère, spécialement par la doctrine. Afin d'atténuer la sévérité du régime actuel, il est proposé de remplacer le droit de se départir du contrat par un droit de résiliation et de ne permettre à l'assureur de se libérer de l'obligation d'accorder sa prestation qu'à la condition qu'il existe un *lien de causalité* entre le fait non déclaré ou inexactement déclaré et le sinistre survenu par la suite.

Le *devoir du preneur d'assurance* de répondre correctement et complètement à toutes les questions que lui pose l'assureur pour lui permettre d'estimer le risque à assurer est le pendant du nouveau *devoir d'information de l'assureur* que prévoit le projet de modification de la LCA et qui doit permettre également à l'autre partie au futur contrat d'assurance de se déterminer sur sa volonté de le conclure. Le preneur d'assurance jouit du même droit de résiliation lorsque l'assureur viole son devoir d'information précontractuel.

1.2.5.2.2 Pas de droit général de résiliation des contrats d'assurance

L'avant-projet prévoyait l'introduction d'un droit pour les deux parties de résilier les contrats après trois ans, quelle que soit la durée contractuelle fixée à la conclusion du contrat (dans l'assurance sur la vie, le preneur dispose déjà actuellement sur la base de l'art. 89 LCA d'un droit de se départir d'un contrat lorsque la prime a été payée pour une année au moins l'art. 90, al. 2, LCA permet à l'ayant droit, dans certains cas, de mettre fin à un contrat dont les primes ont été payées pour trois ans au moins en demandant le rachat).

Dans le présent projet de révision de la LCA, on renonce à prévoir l'introduction d'un droit général de résiliation des contrats d'assurance. Une telle modification sortirait du cadre de la révision législative qui est proposée (cf. ch. 1.2.5.2 ci-dessus); en outre, lors de la consultation, il a été considéré qu'il n'appartenait pas au législateur d'intervenir dans la fixation de la durée des contrats dans le cadre d'un marché libéralisé.

1.2.5.2.3 Droit de l'assureur de modifier unilatéralement un contrat en cours

L'avant-projet contenait une disposition concernant les clauses des contrats permettant à l'assureur d'augmenter unilatéralement la prime. La réglementation proposée prévoyait qu'une augmentation de prime aurait produit ses effets au plus tôt trente jours après sa communication écrite au preneur d'assurance et que celui-ci aurait eu le droit de résilier le contrat pour la date à laquelle l'augmentation devait intervenir. De plus, le droit d'adaptation n'aurait pu être exercé que si les circonstances déterminantes pour le calcul du tarif avaient subi des modifications après la conclusion du contrat. L'avant-projet excluait ainsi la possibilité de modifier arbitrairement la prime de contrats en cours.

Lors de la procédure de consultation, certains participants ont exprimé le vœu que la loi prévoie expressément l'impossibilité de toute modification unilatérale du contrat. A l'inverse, d'autres participants, les assureurs essentiellement, se sont opposés à la

proposition, notamment dans la mesure où le droit de modifier unilatéralement les primes de contrats en cours n'aurait pas pu être exercé sans restriction.

Indépendamment des divergences que la procédure de consultation a mises en évidence, on renonce à introduire dans le présent projet une disposition relative au droit de l'assureur de modifier unilatéralement les contrats, étant donné qu'elle sortirait du cadre de la révision législative proposée (cf. ch. 1.2.3 ci-dessus). Cela ne signifie toutefois pas que l'assureur jouit d'un droit illimité de modifier unilatéralement les contrats en cours. Étant donné le passage au contrôle a posteriori des produits, le contrôle préalable des clauses d'adaptation des contrats quant à leur clarté et leur objectivité va certes disparaître. Cependant, le contenu et la portée du droit de l'assureur de modifier unilatéralement les contrats en cours doivent être conformes aux principes généraux découlant du CO (applicables à titre subsidiaire) et continueront à faire l'objet d'un examen par sondages par l'autorité de surveillance quant à leur admissibilité.

2 **Partie spéciale**

2.1 **Loi sur la surveillance des assurances**

2.1.1 **Généralités**

Alors que dans la LSA actuelle il est question d'«Institutions d'assurance», le projet utilise l'expression d'«Entreprises d'assurance» qui correspond à la terminologie courante actuellement, notamment dans la législation européenne. Cette modification uniquement formelle est sans incidence sur le champ d'application de la surveillance.

Il n'est plus mentionné expressément dans le projet que la loi s'adresse uniquement aux entreprises d'assurance privées. Cette précision n'est plus nécessaire puisque l'art. 98, al. 3, de la Constitution limite au domaine des assurances privées la compétence qu'à la Confédération de légiférer.

Plusieurs dispositions du projet sont reprises matériellement du droit actuel. Pour leur commentaire, on se reportera donc aux messages du Conseil fédéral relatifs aux lois concernées.

2.1.2 **Commentaire des dispositions du projet**

2.1.2.1 **Chapitre 1** **Objet, but et champ d'application**

Art. 1 **Objet et but**

Selon le projet, l'objet de la législation est de réglementer la surveillance des entreprises et des intermédiaires d'assurance par la Confédération. Cette surveillance concerne les assurances privées (art. 98, al. 3, Cst). Le but de la surveillance ne peut être décrit de manière exhaustive. Cette question a fait l'objet d'un avis de droit du professeur Hans Huber du 26 juillet 1974 au cours des travaux préparatoires de

l'actuelle loi de surveillance; ses conclusions demeurent valables³. Si tant est qu'il faille rédiger une disposition relative au but – car le but se dégage le mieux des dispositions mêmes de la loi – on ne peut retenir que certains aspects. C'est pourquoi, comme pour la loi de surveillance en vigueur, le projet de loi a «notamment» pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus. Mais, ainsi que le professeur Huber l'a relevé en 1974, la surveillance des assurances présente naturellement aussi un caractère d'intérêt public dans la mesure où elle vise au bon fonctionnement du secteur de l'assurance. L'on songe ici par exemple à une concurrence saine, même si, comme le relevait aussi le professeur Huber, la loi ne poursuit pas des objectifs de limitation de la concurrence, de politique économique ou de politique conjoncturelle. La formulation retenue dans le projet qui devrait répondre tout particulièrement aujourd'hui aux attentes de la population, de l'économie et de la politique, aussi bien au niveau national que dans le contexte international, englobe d'une manière générale la force et l'intégrité du secteur de l'assurance en Suisse ainsi que la confiance qu'il doit inspirer. Ces éléments sont également à la base de nombreuses dispositions du projet.

Comme dans l'actuelle loi sur la surveillance des assurances, le terme d'assuré doit être compris dans son sens le plus large⁴ de telle sorte que la surveillance doit être exercée en vue de protéger les intérêts des preneurs d'assurance, des assurés dans le sens donné à ce terme par les dispositions relatives au contrat d'assurance, des ayants-droit, des lésés (en particulier dans l'assurance-responsabilité civile) et même des personnes intéressées par l'assurance ou, pour reprendre un terme souvent utilisé de nos jours pour désigner les assurés, en vue de protéger les consommateurs.

Art. 2 Champ d'application

La loi ne définit pas la notion d'assurance qui doit continuer à être fondée sur la jurisprudence. Selon celle-ci, outre d'autres critères, celui de la couverture d'un risque par une entreprise elle-même est essentiel à sa qualification d'assureur.

Comme actuellement et à moins qu'elles n'en soient expressément exceptées, toutes les institutions d'assurance privées suisses sont soumises à la surveillance, qu'elles exercent leur activité en Suisse ou à l'étranger. Comme actuellement aussi, les succursales en Suisse d'assureurs étrangers sont également soumises à la surveillance en Suisse. Le projet de loi précise que les succursales d'assureurs étrangers sont également soumises à la surveillance lorsqu'elles exercent une activité d'assurance à l'étranger à partir de la Suisse (art 2, al. 1, let. a et b). Il doit être ainsi tenu compte du fait que des assureurs étrangers qui concluent des contrats uniquement avec des clients à l'étranger et ne sont par conséquent pas soumis à la surveillance selon le droit actuel, donnent, en exerçant leur activité par l'intermédiaire d'un établissement en Suisse, l'impression, fautive, qu'ils sont tout de même soumis à la surveillance en Suisse.

Comme selon le droit actuel (art. 4, al. 1, let. a, LSA), les entreprises d'assurance étrangères qui ne pratiquent en Suisse que la réassurance doivent être exceptées de la surveillance à l'avenir (*art. 2, al. 2, let. a*).

³ Cf. message du 5.5.1976., FF 1976 II 851.

⁴ Cf. message du 5.5.1976., FF 1976 II 851.

Selon le projet, ne relèvent pas non plus de la surveillance prévue selon la LSA les entreprises dont l'activité en matière d'assurance est soumise à une surveillance particulière en vertu du droit fédéral – mais uniquement dans la mesure de cette surveillance (*art. 2, al. 2, let. b*). Cela vaut par exemple pour les organismes de la prévoyance en faveur du personnel qui sont inscrits dans le registre de la prévoyance professionnelle (*art. 48, 1^{er} al.*, de la loi du 25 juin 1982⁵ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP]), ainsi que pour d'autres institutions de prévoyance qui – sans être inscrites dans le registre – sont soumises à une surveillance particulière (prévoyance subobligatoire). Contrairement à ce que prévoit le droit actuel (*art. 4, al. 2, let. c et c^{bis}*, LSA), le projet n'exige plus pour les institutions d'assurance en faveur du personnel créées par plusieurs employeurs, qu'il existe entre ces derniers des liens étroits de nature économique ou financière et, pour celles créées par des associations professionnelles ou interprofessionnelles, que l'assurance ne constitue qu'une tâche accessoire et qu'elles n'assurent que leur personnel, leurs membres ainsi que les travailleurs qu'ils occupent.

Les caisses-maladie reconnues sont également exceptées de la surveillance; elles sont surveillées par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Seule la surveillance de la pratique des assurances complémentaires incombe à l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) (*art. 21, al. 2*, de la loi sur l'assurance-maladie⁶ [LAMal]); de ce point de vue, il n'est pas prévu de changements.

En vertu de l'*art. 2, al. 1, let. c*, en relation avec l'*art. 38* du projet, un intermédiaire est soumis à la surveillance selon la LSA, dès lors qu'il exerce une activité en faveur d'entreprises d'assurance directe ou de réassurance soumises à la surveillance selon la LSA. Il en va de même lorsque d'autres lois soumettent à la LSA la pratique de certaines branches d'assurance – c'est actuellement le cas pour les assurances énumérées à l'*art. 12, al. 2*, LAMal.

L'*art. 2, al. 3*, du projet (comme l'*art. 4, al. 1, let. b*, de l'actuelle LSA), autorise l'autorité compétente à excepter de la surveillance des entreprises d'assurance de faible importance économique ou n'ayant que peu d'assurés. La nouvelle formulation, notamment l'abandon du critère précisant que les prestations assurées ne doivent pas être considérables, permet d'excepter également de la surveillance des captives (assurance propre externe par des sociétés juridiquement indépendantes créées ou acquises à cet effet par le preneur d'assurance ou plusieurs preneurs d'assurance) – également si elles ont leur siège social en Suisse – car elles n'ont souvent qu'un cercle peu étendu d'assurés. Des captives étrangères appartenant à un groupe industriel et n'assurant que des entreprises de ce groupe établies en Suisse pourraient aussi être exceptées de la surveillance; l'exception de captives de la surveillance pourrait entrer en considération avant tout si cela paraît opportun eu égard à l'évolution de l'environnement international. L'on pourrait aussi songer à des exceptions de la surveillance pour des conventions accessoires à d'autres contrats, conventions analogues à l'assurance mais qui ne revêtent pas de grande importance économique et ne portent pas sur des risques essentiels. Le projet ne donne pas de définition chiffrée de la notion de «faible importance économique», notion susceptible d'être appréciée selon des facteurs divers comme, par exemple, les risques assurés ou le montant des prestations. Il appartiendra à l'autorité de surveillance de se prononcer

⁵ RS 831.40

⁶ RS 832.10

de cas en cas, en prenant en considération notamment le besoin de protection des assurés⁷.

2.1.2.2 Chapitre 2 Accès à l'activité d'assurance

2.1.2.2.1 Section 1 Agrément

Art. 3 Agrément obligatoire

Les entreprises d'assurance soumises à la surveillance (désignées dans la loi par l'expression «entreprise d'assurance») doivent avoir obtenu un agrément pour pouvoir exercer leur activité. Cet agrément est délivré par l'autorité de surveillance lorsque les conditions prévues à l'art. 6 sont remplies.

L'obligation d'agrément vaut également pour les entreprises d'assurance étrangères qui exercent une activité en Suisse. Contrairement au droit actuel (par ex. art. 7, al. 2, LSA), le projet ne contient pas de dispositions particulières applicables s'il existe entre la Suisse et des Etats étrangers des accords en matière d'établissement ou de libre prestation de services devant faciliter l'exercice de l'activité d'assurance. Au lieu de telles dispositions, l'art. 2, al. 1, let. b, du projet réserve d'une façon générale les dispositions contraires de traités internationaux.

En vertu de l'art. 3, al. 2, du projet, les fusions, scissions et transformations d'entreprises⁸ n'entraînent pas de transfert automatique de tous les agréments accordés aux entreprises concernées.

Art. 4 et 5 Demande d'agrément et plan d'exploitation

Un plan d'exploitation doit être joint à la demande d'agrément – comme c'est déjà le cas actuellement. Toutefois, pour des motifs de sécurité du droit et pour attirer encore mieux l'attention des personnes concernées sur leurs obligations, l'art. 4 du projet est plus détaillé que la norme actuelle (art. 8 LSA). L'exigence de remise du plan d'exploitation vaut en principe aussi pour les entreprises d'assurance étrangères qui entendent exercer une activité d'assurance en Suisse (cf. art. 15 du projet).

Il est prévu que, comme actuellement, certaines modifications du plan d'exploitation doivent faire l'objet d'une approbation préalable à leur application (art. 5, al. 1), alors que d'autres modifications seraient considérées comme approuvées si l'autorité de surveillance n'engage pas une procédure d'examen dans un délai déterminé (art. 5, al. 2).

Certaines rubriques du plan d'exploitation sont commentées, si nécessaire, en relation avec les dispositions du projet prévoyant des règles particulières. En outre, les remarques suivantes peuvent être faites:

⁷ Dans l'arrêt *Lessol c. Département fédéral de justice et police*, du 6 mars 1981, le Tribunal fédéral s'est prononcé au sujet de l'application de l'art. 4, al. 1, let. b de l'actuelle LSA qui prévoit l'exception de la surveillance pour les institutions d'assurance de faible importance économique (ATF 107 Ib 54).

⁸ Concernant la fusion, la scission et la transformation d'entreprises en général, voir le message du Conseil fédéral du 13 juin 2000 concernant le projet de loi sur la fusion (FF 2000 3995).

Art. 4, al. 2, let. b: sont notamment visées par cette disposition les indications relatives à un inspecteur interne qualifié (voir aussi ch. 2.1.2.3.5 ci-après);

Une activité d'assurance exercée à l'étranger en violation des prescriptions locales en matière d'agrément serait de nature à nuire à la réputation de la Suisse et de la branche de l'assurance suisse dans son ensemble. C'est pourquoi, une entreprise d'assurance qui entend étendre son activité à l'étranger doit fournir la preuve qu'elle est autorisée à exercer une activité d'assurance dans le pays concerné.

Art. 4, al. 2, let. d: les provisions techniques selon l'*art. 16* appartiennent également aux réserves légales;

Art. 4, al. 2, let. f: cette disposition qui se rapporte aux personnes aussi bien physiques que morales doit, en relation avec l'*art. 21*, permettre à l'autorité de surveillance de connaître et d'apprécier les participations déterminantes dans une entreprise d'assurance;

Art. 4, al. 2, let. g: cette disposition vise toutes les personnes exerçant une activité dirigeante ou des responsabilités, indépendamment de la forme juridique et de l'organisation de l'entreprise d'assurance et quels que soient les termes utilisés pour désigner leur fonction dans un cas particulier (voir aussi ch. 2.1.2.2.2 ci-après);

Art. 4, al. 2, let. k: le projet ne prévoit plus d'approbation préalable, ni de communication systématique des conditions d'assurance et des tarifs qu'une entreprise d'assurance a l'intention d'utiliser. Dans le but de contrôler que l'entreprise d'assurance ne couvrira que des risques pour lesquels elle a obtenu un agrément, le plan d'exploitation doit renseigner sur les branches qu'elle entend exploiter et les risques à assurer;

Art. 4, al. 2, let. m: les moyens dont il est fait mention sont les moyens autres que financiers; sont visés les moyens directs ou indirects en personnel et matériel, y compris la qualification des équipes médicales et la qualité de l'équipement, dont l'entreprise dispose pour faire face à ses engagements;

Art. 4, al. 2, let. n: l'identité des divers réassureurs et rétrocessionnaires appartient également au plan de réassurance ou de rétrocession;

Art. 4, al. 2, let. p: les bilans et comptes prévisionnels sont l'une des bases de la décision d'octroi de l'agrément; de par leur nature, ils ne peuvent subir de modifications en cours d'exploitation, raison pour laquelle ils ne sont pas mentionnés dans l'*art. 5*;

Art. 4, al. 2, let. q: cette disposition concerne les entreprises d'assurance qui font partie de groupes d'assurance ou de conglomerats d'assurance (voir aussi ch. 2.1.2.3.2 ci-après);

L'*art. 5, al. 1, 2^e phrase*, exige que les modifications du plan d'exploitation qui découlent de fusions, de scissions et de transformations d'entreprises soient préalablement approuvées par l'autorité de surveillance.

Il découle de l'*art. 5, al. 2*, que les modifications des contrats et autres ententes par lesquels des fonctions sont déléguées à des tiers sont soumises à une approbation préalable par l'autorité de surveillance, indépendamment de la forme dans laquelle la délégation est réalisée et des conditions de cette délégation.

Art. 6 Octroi de l'agrément

Comme dans le droit actuel (annexes aux ordonnances sur l'assurance-vie [RS 961.611] et sur l'assurance dommages [RS 961.711]), le Conseil fédéral établira un catalogue des branches d'assurance (al. 3). Ce catalogue doit être établi, comme jusqu'ici, en harmonie avec les directives de l'UE qui soumettent aussi à la surveillance des assurances des activités qui sont traditionnellement exercées par les entreprises d'assurance, quand bien même les produits concernés ne répondent pas strictement aux définitions que l'on donne de l'assurance (par exemple l'«Assistance» et les «Opérations de capitalisation»). Cet assujettissement à la surveillance des assurances ne préjuge pas le traitement des activités en question sur le plan fiscal.

Jusqu'ici, l'agrément a été accordé à une entreprise d'assurance dès qu'elle-même répondait aux exigences légales. Avec l'introduction de la surveillance des groupes et des conglomérats, cela n'est plus suffisant. Tout particulièrement lorsque l'on est en présence d'une entreprise d'assurance appartenant à un groupe d'assurance étranger ou à un conglomérat étranger, il faut s'assurer dès le début qu'une surveillance de groupe ou de conglomérat correspondante est exercée par une autorité de surveillance des marchés financiers. Par autorité de surveillance des marchés financiers il faut entendre des autorités qui surveillent les entreprises d'assurance, les banques ou les bourses (voir aussi ch. 2.1.2.7 ci-après, art. 78 à 80). La publication des agréments accordés (*al. 4*) se fera, comme actuellement, dans la Feuille officielle suisse du commerce.

2.1.2.2.2 Section 2 Conditions

Art. 7 Forme juridique

Seules les formes de la société anonyme et de la société coopérative sont admises. Pour les entreprises étrangères, il est possible d'admettre d'autres formes juridiques sur la base de traités internationaux.

Art. 8 Capital minimum

Le droit actuel fixe des cadres pour le capital minimum, de 5 à 10 millions de francs pour l'assurance sur la vie et de 0,6 à 10 millions de francs dans l'assurance dommages. Le projet prévoit un cadre de 3 à 10 millions de francs (pour toutes les branches d'assurance). Il s'agit ainsi de tenir compte non seulement de l'évolution de la valeur de l'argent et de la situation économique des assureurs, mais aussi des prescriptions plus sévères de l'UE en matière de solvabilité («Solvency I»). Pour les sociétés coopératives, le capital revêt en général la forme d'une réserve qui ne peut être modifiée sans l'approbation de l'autorité de surveillance (art. 5 du projet). Comme jusqu'ici, le Conseil fédéral fixera par voie d'ordonnance le cadre du capital minimum pour les diverses branches d'assurance.

L'*art. 87, al. 5*, accorde un délai de deux ans aux entreprises d'assurance existantes pour adapter leur capital à la nouvelle règle, si nécessaire.

Art. 9 Fonds Propres

Le projet exige, comme maintenant, une marge de solvabilité selon les règles de l'UE. Mais la réglementation proposée prévoit en outre que la marge de solvabilité requise ne tienne pas seulement compte du volume des affaires mais aussi des risques auxquels l'entreprise d'assurance est exposée. L'on entend par là tous les risques envisageables: les risques financiers résultant de la structure des actifs, les risques actuariels qui dépassent les prévisions de sinistralité, ainsi que les risques opérationnels qui peuvent résulter d'une façon générale de l'exploitation, de l'organisation et de la structure ainsi que des relations d'affaires de l'entreprise d'assurance et de l'environnement économique et politique.

En incorporant tous les risques déterminants, la marge de solvabilité tiendra mieux compte des particularités des diverses entreprises d'assurance. C'est ainsi, par exemple, qu'une stratégie de placements risquée ou une gestion opérationnelle des risques inadéquate doivent être couvertes par des capitaux supplémentaires. Par contre, dans le cas d'une entreprise qui réduit les risques par une gestion actif-passif adéquate, la marge de solvabilité se réduira également. La qualité de la gestion des risques est par conséquent très importante dans ce contexte (voir aussi le commentaire de l'art. 22). Avec cette nouvelle conception de la marge de solvabilité, la Suisse anticipe également des développements futurs dans les Etats de l'UE («Solvency II»).

Le projet ne comporte plus les expressions de fonds de garantie (un tiers de la marge de solvabilité) et de fonds de garantie minimum (capital minimum nécessaire pour l'exploitation d'une ou plusieurs branches d'assurance déterminées). Le fonds de garantie minimum n'a plus de signification propre en raison du cadre prévu pour le capital minimum (*art. 8* du projet). Le fonds de garantie, comme la marge de solvabilité, joue dans le droit actuel un rôle en relation avec la prescription de mesures conservatoires: lorsque les fonds propres pouvant être pris en compte ne couvrent plus la marge de solvabilité, l'autorité de surveillance est tenue d'exiger un plan de redressement visant au rétablissement de la situation financière et un plan de financement à court terme lorsque ces fonds ne couvrent plus le fonds de garantie (perte de deux tiers des fonds propres prescrits légalement). Pratiquement, la distinction entre plan de redressement et plan de financement est sans signification. En cas d'insuffisances financières, l'autorité de surveillance doit prendre les mesures conservatoires appropriées, comme le prévoit d'ailleurs le projet (*art. 49*). Dans la pratique, c'est le financement, c'est-à-dire l'apport de capital «frais» qui est au premier plan, soit sous la forme d'un apport de capital par les actionnaires (maison-mère ou sociétés du groupe), soit par la voie de l'emprunt sur le marché des capitaux de moyens supplémentaires ayant le caractère de capital propre.

Art. 10 Fonds d'organisation

Le projet correspond à la réglementation actuelle, dans ce domaine également.

Le fonds d'organisation est destiné en premier lieu à couvrir les frais de fondation et de développement de l'entreprise ou ceux qui résultent d'un développement exceptionnel de ses affaires. Le Conseil fédéral peut prévoir par voie d'ordonnance que ce fonds peut être dissous avec l'accord de l'autorité de surveillance lorsque sa nécessité n'est plus avérée.

Art. 11 But de l'entreprise

Le projet n'interdit expressément l'exercice d'activités étrangères à l'assurance. Cependant, à l'avenir également, en principe seules des activités ayant un rapport direct avec l'activité d'assurance pourront être exercées. L'autorité de surveillance peut autoriser des exceptions à cette disposition qui correspond au droit de l'UE et dont le caractère obligatoire pour la Suisse découle de l'art. 10.1, let. b, de l'Accord sur l'assurance dommages (Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie [RS 0.961.1]). Le traitement fiscal des produits offerts par les entreprises d'assurance n'est pas préjugé par cette disposition.

L'exercice indirect d'activités étrangères à l'assurance (par le biais de participations), qui fait actuellement l'objet de l'art. 12, al. 2, LSA, est réglementé par l'art. 21 du projet.

Art. 12 Exploitation conjointe de l'assurance sur la vie et d'autres branches d'assurance

Le principe de la séparation des branches vie et non-vie est maintenu, mais la possibilité d'exploiter l'assurance-maladie et l'assurance-accidents sans restrictions est ancrée dans le projet pour les entreprises d'assurance qui exercent une activité en matière d'assurance sur la vie.

Art. 13 Adhésion au Bureau national d'assurance et au Fonds national de garantie

Une entreprise qui entend exploiter la branche de l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles doit adhérer au Bureau national d'assurance et au Fonds national de garantie selon les art. 74 et 76 LCR.

Art. 14 Garantie d'une activité irréprochable

Dans le droit actuel, le contrôle de l'aptitude professionnelle et de l'intégrité morale repose sur la clause générale de l'art. 10 LSA. Eu égard à la nouvelle orientation donnée à la surveillance, il paraît nécessaire de consacrer à l'avenir une disposition particulière aux exigences auxquelles les personnes assumant la direction et/ou des responsabilités, ainsi que l'actuaire responsable doivent satisfaire. Dans ce contexte, l'autorité de surveillance a non seulement la compétence de définir les qualifications professionnelles individuelles exigées; l'on peut aussi songer à définir abstraitement, sur la base de cette disposition, les qualifications exigées des organes concernés dans leur ensemble (par exemple: la majorité du conseil d'administration doit avoir des connaissances en matière d'assurance, l'organe interne de révision doit avoir une formation adéquate et être expérimenté dans le domaine de l'assurance). Il en va de même lorsque des fonctions importantes de l'entreprise d'assurance sont déléguées à des tiers.

C'est le Conseil fédéral qui décide des qualifications professionnelles requises de l'actuaire responsable, en exécution de l'art. 23, et des intermédiaires, sur la base de l'art. 42.

L'art. 87, al. 4, donne au Conseil fédéral la compétence de prévoir des délais d'adaptation concernant les exigences en matière de formation professionnelle.

2.1.2.2.3 **Section 3** **Conditions complémentaires applicables aux entreprises d'assurance étrangères**

Art. 15

L'al. 1 de cette disposition, qui correspond au droit actuel, complète le contenu du plan d'exploitation pour les entreprises d'assurance étrangères. Est notamment maintenue l'obligation faite à ces entreprises de désigner un mandataire général pour la conduite de leurs affaires suisses. Par contre, on renonce à exiger trois ans au moins d'activité préalable dans le pays du siège social avant qu'une demande d'agrément puisse être déposée en Suisse.

Le montant du cautionnement à déposer est fixé par l'autorité de surveillance d'après les conditions d'exploitation de l'entreprise. Actuellement, le niveau des cautionnements est réglé dans l'art. 12 de l'ordonnance du 29 novembre 1993 sur l'assurance-vie (RS 961.611) et dans l'art. 12 également de l'ordonnance du 8 septembre 1993 sur l'assurance dommages (RS 961.711).

Les let. c et e de l'al. 1 doivent être lues en relation avec l'al. 2. Conformément à l'Accord CEE, l'autorité de surveillance n'accorde un agrément aux entreprises d'assurance dommages ayant leur siège dans un Etat de l'UE pour exercer une activité par l'entremise d'une succursale en Suisse que sur la base d'un certificat de solvabilité délivré par l'autorité de surveillance de l'Etat où se trouve leur siège social; elles ne sont pas tenues de déposer un cautionnement. Les entreprises d'assurance ayant leur siège dans la Principauté de Liechtenstein peuvent exercer une activité en libre prestation de services dès que l'autorité de surveillance des assurances de la Principauté a notifié une telle intention à l'autorité suisse de surveillance. Toutes les autres entreprises d'assurance doivent apporter la preuve qu'elles disposent d'une dotation en capital équivalente à celle d'une entreprise suisse et que leur solvabilité est suffisante au sens des règles suisses, compte tenu également de l'extension de leur activité à la Suisse; elles doivent en outre déposer un cautionnement.

La réserve des traités internationaux, qui figure à l'al. 2, doit permettre d'introduire, le cas échéant, la libre prestation de services, le principe du contrôle de l'ensemble de l'activité des entreprises d'assurance par l'autorité de surveillance du pays du siège social (y compris d'éventuels contrôles aux lieux de situation des établissements dans d'autres Etats) en liaison avec un agrément unique ou encore des règles particulières pour la surveillance des groupes d'assurance ou des conglomérats d'assurance multinationaux (mais voir aussi ch. 2.1.2.7 ci-après). Les expériences faites en relation avec l'accord conclu avec la Principauté de Liechtenstein – dont le droit de surveillance correspond à celui de l'UE – ont montré que des accords de droit international public peuvent être transposés sans qu'il soit nécessaire de modifier le droit interne. L'on peut par conséquent également considérer que de futurs accords de droit international public ne devraient quasiment pas entraîner de modifications des tâches et des compétences de l'autorité suisse de surveillance.

2.1.2.3 Chapitre 3 Exercice de l'activité d'assurance

2.1.2.3.1 Section 1 Dotation financière

Art. 16 Provisions techniques

Les provisions techniques servent à la sauvegarde de la solvabilité de l'entreprise d'assurance. Le projet se limite à exiger, d'une façon générale, la constitution de provisions techniques suffisantes pour toutes les activités exercées par l'entreprise d'assurance. Les détails de la réglementation doivent figurer dans une ordonnance.

Art. 17 Fortune liée

Le droit actuel ne règle pas de façon uniforme la garantie des prétentions des assurés dans les secteurs de l'assurance-vie et de l'assurance autre que l'assurance sur la vie. Dans l'assurance sur la vie on connaît le fonds de sûreté, dans l'assurance non-vie la fortune liée. Du point de vue de leur fonction et de leur gestion, ces deux institutions sont très voisines. C'est pourquoi il paraît judicieux de ne prévoir à l'avenir qu'un seul type de fortune particulière.

Art. 18 Débit de la fortune liée

Le mode de calcul du débit correspond, dans les grandes lignes, au droit actuel. Le supplément aux provisions techniques qui est prévu doit permettre de couvrir l'accroissement des prétentions résultant de contrats d'assurance qui se produit d'une date de calcul du débit jusqu'à la suivante.

Dans l'assurance non-vie, les parts aux provisions techniques des assureurs directs couvertes par des contrats de réassurance pouvaient jusqu'ici être déduites du débit de la fortune liée (système net). Dans l'assurance sur la vie, par contre, le niveau des provisions à constituer est déterminé en fonction des prestations auxquelles l'assureur direct est tenu, indépendamment de l'existence et du niveau de couvertures de réassurance (système brut). L'évolution des cours de la bourse de ces dernières années a démontré l'importance que revêtent des provisions techniques intégrales. Le projet prévoit donc que le débit doit en principe être calculé selon le système brut, c'est-à-dire sans tenir compte de la réassurance, qui peut d'ailleurs être incertaine; cependant, l'autorité de surveillance doit avoir la compétence de tenir compte des parts des réassureurs aux provisions techniques dans le cadre de l'art. 20 en les acceptant comme valeurs de couverture, en prenant en considération la situation financière de l'assureur direct et la solvabilité du réassureur concerné.

Art. 19 Destination de la fortune liée

Les biens de la fortune liée servent à garantir et à satisfaire en cas d'insolvabilité les prétentions découlant de contrats d'assurance.

En cas de transfert de portefeuilles d'assurance, la fortune liée afférente est en principe également transférée à l'entreprise reprenante; cela vaut pour les transferts volontaires, comme pour les transferts forcés de portefeuilles (voir aussi ch. 2.1.2.5.5 ci-après). Cela n'exclut toutefois pas que des exceptions puissent se produire (par exemple, si l'entreprise qui reprend le portefeuille dispose déjà d'une fortune liée

suffisante); de telles exceptions nécessitent alors une approbation ou reposent sur une injonction de l'autorité de surveillance.

Art. 20 Prescriptions en matière de fortune liée

La délégation à l'autorité de surveillance de la compétence d'édicter une ordonnance s'explique par le caractère technique de la matière. Comme indiqué à propos de l'art. 18, l'autorité de surveillance doit pouvoir appliquer le système net pour les valeurs de couverture admises, à moins que la situation financière de l'assureur direct ou la solvabilité douteuse du réassureur ne plaident en faveur de l'application du système brut. Le Conseil fédéral précisera dans quels cas et dans quelle mesure les créances contre les réassureurs peuvent être prises en considération pour la couverture du débit de la fortune liée ou ne peuvent pas l'être.

Lors de l'élaboration des dispositions d'exécution, il sera notamment veillé à ce que les créances affectées à la fortune liée ne puissent pas faire l'objet de prétentions compensatoires.

Art. 21 Participations

La disposition concernant la surveillance des participations prises par des entreprises d'assurance et des participations prises dans de telles entreprises correspond aux règles de l'UE. Elle vise à rendre transparentes des participations qualifiées d'entreprises d'assurance suisses à d'autres entreprises – qu'il s'agisse d'entreprises d'assurance ou pas – et vice-versa. L'obligation d'annonce concerne non seulement les entreprises d'assurance qui acquièrent des participations mais également les personnes physiques et morales qui, bien que n'étant pas des entreprises d'assurance, acquièrent ou détiennent des participations qualifiées dans de telles entreprises. L'autorité de surveillance peut intervenir de diverses manières si une participation est de nature à porter préjudice aux assurés. Elle peut, par exemple, exiger que l'entreprise l'aliène.

2.1.2.3.2 Section 2 Gestion des risques

Art. 22

Les diverses exigences de l'autorité de surveillance en matière d'organisation des entreprises d'assurance ne sont pas définies de façon abstraite. Ce qui est au contraire exigé, c'est l'aptitude concrète à gérer tous les risques principaux auxquels l'entreprise est exposée. Par gestion des risques, il faut comprendre le recensement, l'appréciation et la prise en considération non seulement des risques actuariels (passif du bilan), mais aussi des risques liés aux placements (actif du bilan). Cela signifie qu'une entreprise d'assurance doit aussi être en mesure de calculer, le cas échéant de réduire, les risques comme les risques du marché ou les risques de crédit des placements. L'autorité de surveillance attache également de l'importance à une gestion adéquate des autres risques, opérationnels. Cela signifie que les principes du gouvernement d'entreprise doivent aussi être concrétisés dans la conduite de l'entreprise d'assurance, en ce sens, par exemple, que les responsabilités sont clairement réglées, que les fonctions de contrôle sont indépendantes des fonctions d'exécution, que les

décideurs sont suffisamment qualifiés et que l'échange des informations nécessaires est garanti. En ce qui concerne la gestion des risques, il va de soi que l'on ne peut pas fixer dans la loi des principes applicables de façon générale mais exiger que l'entreprise d'assurance recoure à un modèle de gestion des risques adéquat, tenant compte de façon appropriée de ses propres besoins. L'autorité de surveillance formulera des exigences correspondantes adaptées aux particularités des entreprises d'assurance. Ces réflexions sont également valables pour l'application de l'art. 9.

2.1.2.3.3 Section 3 Actuaire responsable

Art. 23 et 24

Quand bien même la plupart des entreprises d'assurance recourent déjà actuellement aux services d'actuaire, il paraît nécessaire d'imposer d'une façon générale à toutes les entreprises l'obligation d'en désigner un. Cela tient notamment au fait que l'autorité de surveillance, étant donné la nouvelle orientation donnée à la surveillance, n'aura plus dorénavant la faculté d'influer à titre préventif sur l'aménagement des produits et la détermination de leur prix.

Il appartient à l'actuaire responsable d'apprécier correctement les conséquences financières de l'activité de l'entreprise d'assurance au service de laquelle il se trouve et de veiller au respect des règles internes et légales et des standards internationaux visant à garantir la solvabilité de l'entreprise. Si la solvabilité de l'entreprise ou les intérêts des assurés sont mis en danger, il doit proposer les mesures à prendre à la direction.

L'actuaire responsable doit non seulement estimer les risques actuariels mais procéder à une appréciation de la situation pour l'ensemble des risques. Cela comporte en particulier (mais pas exclusivement) aussi les risques liés aux placements. Si des parties de cette fonction sont assumées par d'autres responsables, par exemple par un «Chief Risk Officer», l'actuaire responsable doit se renseigner auprès de ces personnes au sujet des risques et intégrer les renseignements obtenus dans son rapport. L'actuaire responsable doit aussi veiller à l'utilisation de bases techniques adéquates. Par des bases techniques adéquates, l'on entend notamment l'utilisation de modèles actuariels appropriés et des hypothèses quant aux paramètres de base (mortalité, intérêt, niveau des sinistres, etc.) qui tiennent compte du genre des risques assurés et de l'évolution future probable.

La réalisation des objectifs du droit de surveillance présuppose que les fonctions de l'actuaire responsable soient formulées de manière uniforme. C'est pourquoi l'art. 24, al. 4, donne à l'autorité de surveillance la compétence d'édicter des prescriptions complémentaires relatives aux tâches de l'actuaire et au contenu minimum du rapport qu'il doit établir.

Lorsque l'importance de l'activité d'une entreprise d'assurance le permet, l'actuaire pourra exercer d'autres tâches, le cas échéant aussi dans d'autres entreprises.

2.1.2.3.4 Section 4 Rapports

Art. 25 Rapport de gestion et rapport d'activité

L'accentuation du contrôle de la solvabilité implique que les entreprises remettent le plus tôt possible leur rapport à l'autorité de surveillance.

Le droit actuel (art. 22 LSA) prévoit que les entreprises d'assurance directe doivent remettre à l'autorité de surveillance, jusqu'au 30 juin de chaque année, un rapport sur l'exercice écoulé. Par contre, l'avant-projet prévoyait d'avancer le délai au 30 avril. Cette proposition s'est heurtée à l'opposition de l'Association Suisse d'Assurances qui a fait valoir des difficultés pratiques de coordination avec le bouclage des comptes selon le droit des obligations. Cependant, eu égard à l'intérêt prépondérant de l'autorité de surveillance à être informée rapidement, le projet maintient le délai du 30 avril (30 juin pour les entreprises de réassurance) pour la remise du rapport. Le rapport à l'autorité de surveillance reçoit pour la première fois une appellation propre dans la loi («Rapport d'activité»).

Le rapport d'activité à l'autorité de surveillance accorde une importance accrue à la manière dont l'entreprise d'assurance est conduite et à la façon dont elle tient compte des exigences des divers groupes de partenaires. C'est ainsi qu'il est exigé des entreprises d'assurance qu'elles indiquent à l'autorité de surveillance quels sont les standards internationaux de gouvernement d'entreprise qu'elles appliquent et sous quelle forme, ainsi que les points auxquels elles dérogent.

Le gouvernement d'entreprise a trouvé également place en d'autres endroits du projet:

- l'entreprise d'assurance doit être organisée de manière adéquate et pouvoir recenser, limiter et contrôler tous les risques principaux (art. 22);
- les exigences en matière de solvabilité sont fixées par rapport aux risques auxquels l'entreprise d'assurance est exposée (art. 9);
- l'actuaire responsable relève les insuffisances qu'il constate dans un rapport à la direction (art. 24);
- les conditions d'ordre professionnel et les exigences d'indépendance de l'organe de révision sont renforcées (art. 28).

Ces quatre exigences sont des éléments importants d'un gouvernement d'entreprise de qualité. Ce ne sont cependant pas les seuls. Les modalités de rémunération de la direction, par exemple, appartiennent également au gouvernement d'entreprise. L'on ne peut demeurer indifférent si un système de compensation pour la direction met en question la réalisation du but de l'entreprise ou sape la confiance dans la société.

Comme jusqu'ici, le rapport d'activité doit en premier lieu présenter l'exercice écoulé. En outre, la direction doit s'y prononcer sur les évolutions futures et renseigner, par exemple, sur de possibles modifications de la stratégie en matière de placements, sur la palette de produits future ou sur des modifications prévues dans la gestion des risques. De telles informations relatives à la stratégie future peuvent contenir des indications importantes pour l'autorité de surveillance quant à la solvabilité de l'entreprise.

Les exigences dont il est fait mention à l'*al. 4* porteront également sur une analyse comptable de l'activité dans le but d'une présentation transparente, notamment des principaux domaines de l'assurance-vie.

L'obligation d'établir des comptes de groupe repose sur l'art. 663e CO pour les groupes ayant leur siège central en Suisse. Le rapport doit être remis à l'autorité de surveillance par la centrale du groupe. Les entreprises d'assurance appartenant à un groupe dont le siège central est situé à l'étranger doivent transmettre le rapport concernant le groupe – pour autant qu'il en soit établi un – par l'intermédiaire de leur établissement ou de leur filiale suisse, en annexe à leur rapport d'activité.

Le projet prévoit d'introduire également pour les établissements – qui ne sont pas des entités indépendantes juridiquement – l'obligation d'établir un rapport de gestion distinct (selon l'art. 662 CO: compte de profits et pertes, bilan, annexe et rapport annuel) relatif à leurs activités en Suisse.

L'*art. 87, al. 2*, du projet prévoit une période transitoire d'une année pour faciliter aux entreprises suisses d'assurance le passage au nouveau délai.

Art. 26 Dispositions particulières concernant la comptabilité

Cette disposition correspond pour l'essentiel au droit actuel. En tant que *lex specialis*, ces règles prévalent sur les prescriptions du droit des obligations.

L'*al. 1* doit permettre de maintenir des méthodes de constitution des réserves tenant compte également des intérêts des assurés. La thésaurisation de bénéfices doit être fixée dans le plan d'exploitation et être effectuée dans l'intérêt des assurés. En outre, la constitution de réserves latentes dans les provisions techniques, en tant qu'élément du principe de prudence dans l'établissement du bilan, ne doit pas être restreinte par les exigences du CO édictées pour la protection des actionnaires.

L'*al. 2*, en relation avec l'art. 10, doit permettre de garantir que les moyens destinés à la couverture des coûts du développement de l'activité existent en plus des fonds propres nécessaires à la couverture des risques.

L'*al. 3* donne la possibilité, comme c'est le cas pour le secteur bancaire, d'établir les comptes des entreprises d'assurance en tenant compte des particularités de la branche. Le droit actuel n'admet des règles dérogeant au CO que pour l'estimation des actifs et la manière de porter les plus-values au bilan. Il n'est pas judicieux de traiter de façon isolée l'actif du bilan. Le projet donne la possibilité d'édicter des prescriptions pour les comptes dans leur ensemble. Cette extension est également nécessaire étant donné que la surveillance des groupes et des conglomérats doit se fonder sur des comptes consolidés. La délégation au Conseil fédéral garantit que les normes puissent être adaptées à temps à l'évolution de la comptabilité. Cette disposition donne aussi la possibilité de tenir compte des normes comptables internationales, notamment pour la surveillance des groupes et des conglomérats.

2.1.2.3.5 Section 5 Révision

Art. 27 Contrôle interne de l'activité

De nombreuses entreprises d'assurance disposent déjà actuellement d'un inspectorat interne. Il existe cependant d'importantes différences entre les sociétés quant à l'organisation et l'aménagement du contrôle interne dont l'importance a fortement augmenté ces dernières années. C'est pourquoi les entreprises d'assurance doivent dorénavant être tenues par la loi de disposer d'un système de contrôle interne efficace en complément à l'organe de révision externe ainsi que d'un inspectorat indépendant de la direction, à moins que l'autorité de surveillance l'en dispense si des circonstances particulières le justifient. Si l'entreprise d'assurance fait partie d'un groupe d'assurance ou d'un conglomérat d'assurance, l'inspectorat doit exercer son activité également au niveau de ce groupe ou de ce conglomérat.

Art. 28 Organe de révision externe

L'art. 28 du projet est une disposition nouvelle. Elle est inspirée par la réglementation introduite lors de la révision du droit de la société anonyme (art. 727 ss. CO) et prescrit à toutes les entreprises d'assurance, qu'il s'agisse de sociétés anonymes ou de sociétés coopératives, la désignation de réviseurs particulièrement qualifiés. La législation de surveillance des assurances serait ainsi alignée sur ce point sur celle régissant le secteur bancaire.

Cependant, le prévoit par la législation pour le secteur bancaire, les entreprises d'assurance ne pourront plus recourir qu'à des organes de révision et à des réviseurs agréés par l'autorité de surveillance pour la révision d'entreprises d'assurance. Cet «agrément» est nouveau dans le secteur de l'assurance. Le Conseil fédéral en définira les conditions (*al. 4*).

Comme le prévoit l'art. 727c CO, les réviseurs doivent être indépendants du conseil d'administration et d'un éventuel actionnaire disposant de la majorité des voix. Le projet ajoute, dans l'*al. 2*, une exigence d'indépendance vis-à-vis de l'entreprise d'assurance contrôlée et tient compte ainsi de la possibilité pour une entreprise d'assurance d'adopter une forme juridique autre que celle de la société anonyme. En outre, les réviseurs ne doivent pas être dépendants de sociétés appartenant au groupe d'assurance ou au conglomérat d'assurance qu'ils contrôlent.

L'obligation de renseigner *un contrôleur spécial* prévue par l'art. 730, al. 2, 2^e phrase, CO n'est pas supprimée par l'*art. 28* du projet.

Art. 29 Tâches de l'organe de révision externe

Le projet introduit dans le droit de surveillance une description générale des tâches de l'organe de révision. Selon l'*al. 3*, l'autorité de surveillance peut charger l'organe de révision de procéder à des contrôles spéciaux. Des tels contrôles peuvent être déclenchés aussi bien par une information reçue de l'organe de révision selon l'*al. 2*, que par tout autre élément (par exemple l'évolution générale du marché). Il va de soi que, dans ses instructions, l'autorité de surveillance ne doit pas ordonner dans tous les cas des contrôles systématiques et complets; compte tenu du travail nécessaire et des coûts qui sont en fin de compte à la charge des assurés, elle demandera plutôt des contrôles portant sur les faits principaux (principe de proportionnalité).

Art. 30 Obligation d'informer de l'organe de révision externe

Tout comme le contrôle interne, le contrôle externe a nettement pris de l'importance ces dernières années. L'information que lui procure la connaissance des affaires de l'entreprise d'assurance peut revêtir une grande importance pour une protection efficace des assurés. C'est pourquoi, l'organe de révision doit faire part immédiatement à l'autorité de surveillance des constatations et des faits importants de ce point de vue. De tels faits ne doivent cependant pas nécessairement concerner exclusivement la solvabilité de l'entreprise d'assurance; l'on peut penser également à des faits susceptibles de léser d'une autre manière les intérêts des assurés et qui ne sont souvent constatés que par hasard, comme, par exemple, la violation de prescriptions en matière de protection des données.

2.1.2.3.6 Section 6
Dispositions particulières à certaines branches
d'assurance

Art. 31 Restrictions

Cette disposition correspond à l'actuel art. 7, al. 1, 2^e phrase, LSA selon lequel le Conseil fédéral peut édicter des restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance (par exemple pour l'assurance-cautionnement, l'assurance-crédit ou l'assurance-maladie). L'on peut songer notamment à des dispositions relatives à la réglementation des régimes de primes et au financement. De telles dispositions peuvent s'avérer importantes, par exemple dans l'assurance-maladie et l'assurance sur la vie, car il s'agit là de secteurs particulièrement sensibles du point de vue de la protection des consommateurs et qui doivent être mieux protégés suite à l'abandon de l'obligation d'approbation préalable des produits d'assurance. Cette disposition donne au Conseil fédéral la compétence de fixer, par voie d'ordonnance, des limites que les entreprises sont tenues de respecter, pour des motifs tenant au maintien de leur solvabilité et surtout aussi à la protection des assurés contre les abus (concernant l'assurance sur la vie, voir également ch. 2.2.2 ci-après). Par exemple, dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale, le Conseil fédéral peut contraindre les entreprises d'assurance à justifier et à contrôler leurs tarifs de façon adéquate sur la base de statistiques; il peut également édicter des prescriptions relatives aux systèmes de financement et des dispositions applicables aux groupes d'âges élevés pour protéger les assurés les plus âgés. Il se peut aussi qu'il soit nécessaire d'élaborer des principes pour la constitution de provisions adéquates qui prendront une importance accrue après l'abandon du contrôle préventif des tarifs ou d'édicter des règles particulières en matière de transparence pour certaines branches d'assurance (information sur les produits). L'art. 31 constitue la base non seulement pour des dispositions relatives à la relation entre entreprise d'assurance et autorité de surveillance mais aussi à la relation entreprise d'assurance – assurés.

Art. 32 Assurance de la protection juridique

L'art. 32 correspond à la réglementation actuelle et sera complété, par voie d'ordonnance, par d'autres dispositions nécessaires dans cette branche, dont certai-

nes régissant les relations contractuelles entre l'assureur et le preneur (cf. ordonnance du 18 novembre 1992 sur l'assurance de la protection juridique [RS 961.22]). Pour l'essentiel, il s'agit d'éliminer les possibilités de conflits d'intérêts auxquels l'assureur de la protection juridique pourrait se trouver confronté lors de la liquidation de sinistres qu'il s'est engagé contractuellement à couvrir.

Art. 33 Assurance contre les dommages dus à des événements naturels

Cette disposition est reprise du droit en vigueur (art. 38a LSA).

Art. 34 Assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles

Cette disposition correspond à l'art. 8, al. 2^{bis}, let. b, de l'actuelle loi sur la surveillance des assurances, adopté par le Parlement le 4 octobre 2002 dans le cadre de la transposition de la Quatrième directive européenne sur l'assurance automobile (RO 2003 232) destinée à améliorer la protection suisse des victimes d'accidents de la circulation.

Art. 35 Réassurance

Les réassureurs sont en principe soumis à la même surveillance que les assureurs directs, à moins qu'il s'agisse d'entreprises étrangères qui ne pratiquent en Suisse que la réassurance (cf. art. 2, al. 2, let. a, du projet). Les assureurs directs peuvent certes exploiter des affaires de réassurance s'ils disposent de l'agrément correspondant et dans ce cas se présentent également comme réassureurs sur le marché. Il existe cependant d'importantes différences entre les assureurs directs qui exercent une activité de réassurance et les entreprises d'assurance qui ne pratiquent que la réassurance. Il est dès lors justifié d'exempter celles-ci de quelques-unes des dispositions prévues. L'al. 1 énumère les dispositions qui sont conçues pour des assureurs directs et qui, par conséquent, ne s'appliquent pas aux entreprises d'assurance qui pratiquent uniquement la réassurance.

Art. 36 Assurance sur la vie

Pour des motifs relevant du maintien de la solvabilité, il est indispensable que les taux d'intérêt garantis contractuellement par les entreprises d'assurance soient fixés de manière prudente et en tenant compte de façon adéquate de la possibilité de variations du taux d'intérêt et l'évolution du rendement à prévoir pour les placements de capitaux. Les expériences faites par l'autorité de surveillance montrent que les entreprises d'assurance, sous la pression de la concurrence qu'elles se livrent entre elles, cherchent à se procurer des parts de marché en garantissant des taux d'intérêt trop élevés. Jusqu'ici, l'autorité a veillé dans le cadre de la procédure d'approbation des tarifs à ce que le taux technique d'intérêt garanti ne dépasse pas un niveau maximum. Ce mécanisme de contrôle disparaîtra avec l'abandon de cette procédure d'approbation préalable. C'est pourquoi, le Conseil fédéral doit pouvoir fixer le taux technique d'intérêt maximum dans le secteur de l'assurance sur la vie. Dans ce contexte, le Conseil fédéral se référera aux standards internationaux – en particulier à la Directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992⁹, portant coordination des

⁹ JO n° L 360 du 9.12.1992, p. 1.

dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie) – selon lesquels l'intérêt garanti ne peut en principe pas dépasser 60 % du taux d'intérêt des emprunts d'Etat.

Par ailleurs, il faut garantir que les primes facturées aux preneurs d'assurance ne sont pas trop élevées et éviter que ces derniers ne participent pas ou seulement insuffisamment aux excédents. C'est pourquoi, sur la base du droit actuel, l'autorité de surveillance examine aussi la répartition des excédents. L'abandon du contrôle préventif des produits entraîne également le renoncement à l'obligation de soumettre les plans de participation aux excédents à l'autorité de surveillance pour approbation. La question de la participation aux excédents revêt toutefois une importance particulière dès lors que la dissolution anticipée d'un contrat d'assurance sur la vie n'est – principalement pour des motifs d'ordre actuariel – pas possible sans pertes de prestations d'assurance et que, par conséquent, une condition indispensable d'un marché libre, soit le libre passage des assurés, n'est pas toujours intégralement réalisée. Aussi longtemps qu'il en est ainsi, la protection des assurés doit être réalisée d'une autre manière. C'est pourquoi, il est exigé dans l'*al.* 2, par souci de transparence, que les entreprises d'assurance établissent chaque année un décompte, compréhensible pour les preneurs d'assurance, renseignant sur la participation aux excédents. Il devrait apparaître dans ce décompte quelles sont les bases ayant servi au calcul du bénéfice, quelle est la partie du bénéfice utilisée pour l'accroissement des provisions techniques et selon quelle clé le solde du bénéfice a été réparti entre les assurés. Le Conseil fédéral a le droit d'édicter des prescriptions relatives aux bases de calcul de la participation aux excédents et à l'importance de leur distribution, ainsi que sur les modalités d'information des assurés. Eu égard à la portée de ces questions, il paraît judicieux de ne pas les fonder simplement sur l'art. 31, mais de prévoir une disposition expresse. Il convient cependant de rappeler également que l'abandon du contrôle préalable des produits est aussi dicté par des considérations de politique de la concurrence; les assurés doivent se voir ainsi offrir une palette plus attrayante de produits, à des prix avantageux. Or, l'un des éléments les plus importants de la concurrence est constitué par la participation aux excédents. Il faudra aussi tenir compte de cet aspect dans les prescriptions de l'ordonnance.

Parallèlement à la réglementation de droit de surveillance, le projet de modification du droit du contrat d'assurance prévoit aussi un devoir de l'assureur d'informer le preneur d'assurance. L'assureur devra à l'avenir fournir des informations notamment sur les bases de calcul de la participation aux excédents, sur la détermination de cette participation, ainsi que sur les valeurs de rachat et de transformation. L'*art.* 3 du projet de modification de la LCA ne contient pas de catalogue exhaustif des informations à fournir et charge le Conseil fédéral de régler les détails (voir aussi ch. 2.2.2 ci-après).

Art. 37 Prévoyance professionnelle

Plus encore que celles de l'assurance individuelle sur la vie, les affaires d'assurance collective sur la vie de la prévoyance professionnelle nécessitent des prescriptions particulières pour la protection des assurés. Pour diverses raisons, les lois d'un marché libre ne peuvent pas toutes déployer leurs effets dans le secteur de la prévoyance professionnelle. Cela tient, d'une part, au caractère obligatoire de la prévoyance professionnelle et, d'autre part, à l'absence d'un droit de libre passage intégral. Il est

par conséquent nécessaire que le Conseil fédéral édicte des règles quant aux modalités de calcul des excédents. Il est également nécessaire que le Conseil fédéral édicte des règles sur les principes de distribution des excédents; il est particulièrement important dans ce contexte que les excédents soient distribués aux institutions de prévoyance.

Le Parlement a discuté ces questions de façon très approfondie dans le cadre de la révision de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁰ et proposé, pour le domaine de l'assurance collective sur la vie, un nouvel art. 6a de la loi du 18 juin 1993¹¹ sur l'assurance-vie. Il est proposé de reprendre ici, comme art. 37, le texte de cette disposition dont la formulation était encore en discussion au moment de la rédaction finale du présent projet.

2.1.2.4 Chapitre 4 Intermédiaires d'assurance

Le projet prévoit de soumettre les intermédiaires d'assurance à la législation de surveillance. La réglementation est inspirée dans une large mesure de la directive de l'UE sur l'intermédiation en assurance (2002/92/CE), adoptée le 9 décembre 2002 et publiée dans le Journal officiel n° L 9 du 15 janvier 2003, p. 3. Le projet de LSA révisée reprend divers éléments de cette directive, comme l'obligation d'enregistrement de certains intermédiaires ou l'exigence de qualifications professionnelles adéquates et de sûretés financières (voir aussi ch. 1.2.5.1.4 ci-dessus).

Une modification de l'art. 34 LCA (Responsabilité de l'assureur pour ses agents) est proposée parallèlement à l'introduction dans le droit de surveillance de dispositions particulières concernant les intermédiaires (cf. ch. 2.2.2 ci-après).

Art. 38 Définition

L'art. 38 du projet subdivise les intermédiaires en deux catégories: premièrement, les intermédiaires qui sont liés de quelque façon que ce soit – le plus souvent contractuellement, mais parfois aussi de façon informelle et implicite par des conventions d'honoraires – à une ou plusieurs entreprises d'assurance et agissent à titre primaire en faveur de celles-ci et dans leur intérêt; deuxièmement, et les intermédiaires liés par un rapport de mandat à leurs clients et dont on peut présumer qu'ils veillent en premier lieu aux intérêts des preneurs d'assurance. Le projet tient compte du fait que les intermédiaires se présentent au public sous les appellations les plus diverses. Un éclaircissement des notions s'impose par conséquent, surtout dans la perspective de l'interdiction de certaines activités d'intermédiaires (art. 39) et de l'obligation d'enregistrement (art. 41).

Art. 39 Activités d'intermédiaire d'assurance prohibées

La règle prévue est reprise du droit en vigueur (art. 16 LSA).

¹⁰ RS 831.40

¹¹ RS 961.61

Art. 40 Registre

Un enregistrement particulier est prévu (Registre des intermédiaires d'assurance). L'instance chargée de l'enregistrement aura à vérifier si les conditions en sont remplies. Il paraît judicieux de confier la tenue du registre à l'autorité de surveillance elle-même.

Le but du registre est d'augmenter la transparence dans les relations contractuelles.

Art. 41 Enregistrement

L'instauration d'une obligation d'enregistrement pour tous les intermédiaires serait excessive et entraînerait peut-être des complications administratives qui ne paraissent pas nécessaires. Du point de vue de la protection des consommateurs, une obligation d'enregistrement s'impose en premier lieu pour les personnes qui agissent comme intermédiaires sans être liées à une ou plusieurs entreprises d'assurance soumises à la surveillance. S'il s'agit de personnes morales, c'est cette personne morale qui devra être inscrite dans le registre en sa qualité d'intermédiaire d'assurance; elle devra alors apporter la preuve qu'elle dispose de suffisamment de collaborateurs ayant les qualités requises et eux-mêmes inscrits dans le registre (voir art. 42, al. 1, let. a, du projet). Les intermédiaires tenus à enregistrement doivent s'annoncer à l'autorité de surveillance dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi en vue de leur enregistrement (art. 87, al. 3). Le Conseil fédéral admet toutefois que toutes les conditions ne seront pas réalisées à cette échéance; c'est pourquoi la possibilité d'une période transitoire supplémentaire pour l'acquisition de la qualification professionnelle requise est prévue (art. 87, al. 4).

Il n'est pas prévu d'obligation d'enregistrement pour les intermédiaires qui sont liés en fait ou en droit à des assureurs déterminés. Etant donné toutefois que ce type d'activité en matière de négociation et de conseils revêt une importance considérable dans la pratique, il paraît opportun de permettre à de tels intermédiaires de se faire inscrire dans une rubrique particulière du registre. Ils doivent alors remplir les mêmes conditions que les personnes qui sont tenues à l'enregistrement obligatoire.

Art. 42 Conditions d'enregistrement

Seules les personnes ayant acquis un niveau de connaissances suffisant doivent pouvoir être inscrites dans le registre. Sur la base de l'art. 87, al. 4, le Conseil fédéral peut prévoir un délai pour l'acquisition de la qualification professionnelle requise.

L'assurance-responsabilité civile ou les sûretés financières équivalentes servent à protéger les assurés qui se fondent sur les conseils d'un intermédiaire pour la conclusion ou la négociation de contrats d'assurance.

Art. 43 Devoir d'information

Un objectif important de cette disposition est de garantir que les consommateurs puissent savoir clairement si l'intermédiaire qui les conseille est dépendant ou non d'une ou plusieurs entreprises d'assurance.

2.1.2.5 Chapitre 5 Surveillance

2.1.2.5.1 Section 1 Généralités

Art. 44 Tâches

L'*art. 44, al. 1*, est le reflet de la double fonction de l'autorité de surveillance: d'une part, la surveillance de la solvabilité des entreprises d'assurance, d'autre part, la protection des assurés contre les abus. Cette dernière conserve d'autant plus sa signification que l'autorité de surveillance ne contrôle plus systématiquement et à titre préventif les produits d'assurance. La possibilité d'un contrôle a posteriori subsiste pour tous les produits, notamment pour les produits d'assurance constituant un complément à une couverture d'assurance sociale de base. Conformément au vœu exprimé par plusieurs participants lors de la consultation, ces produits doivent faire l'objet d'une surveillance particulièrement vigilante.

La surveillance porte en premier lieu sur les affaires suisses des entreprises d'assurance mais elle s'étend également aux effets, directs et indirects, qu'une activité à l'étranger peut avoir notamment sur la solvabilité des assureurs indigènes.

L'*art. 44, al. 1, let. e*, correspond au droit actuel (*art. 38b LSA*).

La surveillance exercée en vue d'empêcher les abus prévue par l'*art. 44, al. 1, let. f*, a pour objectif de garantir un comportement légal et loyal des entreprises d'assurance et des intermédiaires à l'égard des assurés. Dans ce contexte, outre la LCA et la législation relative à la surveillance, d'autres lois fédérales dont le fond ressorti au droit des assurances et touche aux relations entre assureurs et assurés peuvent avoir leur importance (par exemple en matière de circulation routière, d'énergie nucléaire ou encore de protection des données). Le seuil d'intervention de l'autorité de surveillance est analogue à celui du droit actuel (*art. 17 LSA*). C'est ainsi qu'un comportement au détriment des assurés et des ayants droit ne devrait être qualifié d'abusif que s'il est susceptible de se produire à répétition ou à l'encontre de nombreuses personnes. C'est le cas si, par exemple, des conditions d'assurance préformulées impliquant systématiquement des désavantages pour les assurés sont utilisées. L'on peut toujours rencontrer des situations isolées, sans que l'on puisse déjà parler d'abus. Il appartient au juge de se prononcer dans de tels cas. L'autorité de surveillance n'a pas à assumer pas de fonction quasi-judiciaire.

Le projet n'offre pas de catalogue des formes que peuvent prendre les interventions de l'autorité de surveillance. Ces formes résultent de la nature des abus contestés ainsi que des effets négatifs auxquels il s'agit de remédier.

Si l'autorité de surveillance prend des mesures entraînant une modification de l'inscription publique portée sur le registre du commerce, elle est tenue d'en donner connaissance à l'office du registre du commerce compétent. Ce dernier procédera à la rectification.

Sur la base de l'*art. 44, al. 2*, il doit être à l'avenir possible de recourir régulièrement à l'organe de révision ou à d'autres tiers pour examiner le respect du droit de surveillance. L'autorité de surveillance se voit donner ainsi – comme c'est le cas pour la surveillance suisse des banques – la possibilité d'utiliser à des fins de surveillance le savoir-faire et les ressources d'organes de révision qualifiés. Cela devrait être important, surtout en relation avec la surveillance des groupes et des conglomérats. Dans le contexte de la surveillance des conglomérats, cette possibilité a

un poids supplémentaire puisque le recours à l'organe de révision pourrait s'avérer indispensable pour apprécier les secteurs autres que celui de l'assurance.

Art. 45 Droit de contrôle et obligation de renseigner

Les contrôles que l'autorité de surveillance peut effectuer peuvent porter aussi bien sur la nécessité d'un assujettissement à la surveillance suisse des assurances que sur l'ensemble de l'activité des entreprises d'assurance et des intermédiaires.

L'obligation des entreprises d'assurance de fournir à l'autorité de surveillance les renseignements qu'elle considère comme nécessaires à son activité, prévue par l'*al. 2*, doit concerner à l'avenir également les intermédiaires et les organes de révision et de contrôle.

Pour pouvoir prendre à temps des mesures de protection des assurés, l'autorité de surveillance doit être informée tôt des problèmes particuliers auxquelles une entreprise d'assurance est confrontée. C'est à la réalisation de cet objectif que sert l'obligation faite par l'*al. 3* à la direction de l'entreprise d'assurance de renseigner sans délai l'autorité de surveillance sur les faits importants.

Pour pouvoir tenir compte de l'évolution économique – notamment dans le cadre de groupes d'assurance – la possibilité de déléguer des fonctions doit être admise. Cependant, cela ne doit pas entraver l'exercice de la surveillance. C'est pourquoi, l'*al. 4* étend l'obligation de renseigner aux personnes qui remplissent des fonctions déléguées. Parmi les cas envisageables de délégations de fonctions, on peut penser par exemple au transfert à des tiers de la gestion de la fortune, du développement de produits, de la liquidation des sinistres, de l'organisation du service externe ou encore de la comptabilité.

Art. 46 Rapport de l'autorité de surveillance

Cette disposition fait obligation à l'autorité de surveillance de fournir de façon systématique et périodique des rapports sur sa propre activité. Les bilans des entreprises d'assurance qui sont actuellement publiés dans la Feuille officielle suisse du commerce doivent l'être à l'avenir dans le rapport d'activité de l'autorité de surveillance. Ce rapport ne doit cependant pas être la seule possibilité d'informer. Comme jusqu'ici, et dans une mesure accrue, l'autorité de surveillance renseignera le public sur les événements et les évolutions se produisant sur le marché de l'assurance par son site Internet, par les médias, par des séances d'information et par d'autres canaux.

Art. 47 Publication de décisions

L'autorité de surveillance n'a jusqu'ici publié que sporadiquement des décisions en matière de droit de surveillance. Une base légale fait défaut et cela doit être corrigé. Ainsi, la transparence de l'activité de surveillance doit être augmentée et les participants au marché être renseignés sur les principes de la surveillance.

L'*al. 2 de l'art. 47* du projet reprend la réglementation actuelle. Il concerne les jugements rendus en matière de droit privé des assurances. La communication de ces jugements à l'autorité de surveillance constitue l'un des volets de la surveillance et permet de réunir et de porter à la connaissance du public la jurisprudence relative au droit du contrat d'assurance (par exemple en ce qui concerne l'application concrète

des dispositions contractuelles ou la reconnaissance du droit des assurés aux prestations). Les jugements transmis sont publiés périodiquement sous la responsabilité de l'autorité de surveillance.

Art. 48 Financement de la surveillance des assurances

La révision totale du droit de surveillance fournit l'occasion d'adapter la réglementation du financement de la surveillance aux exigences actuelles du point de vue constitutionnel (art. 164, al. 1, let. d, de la Constitution) et aux exigences modifiées auxquelles l'autorité de surveillance doit faire face. La dénomination actuelle de la redevance qui est qualifiée d'«émolument (annuel)», ce qui n'est pas correct, est remplacée par celles de taxe forfaitaire annuelle. Les émoluments sont des contributions en argent que l'assujéti doit payer pour une prestation de l'Etat dont il a bénéficié à titre individuel (équivalence individuelle). Les contributions globales calculées sur la base du volume des primes ne constituent toutefois pas l'exacte contre-valeur de l'activité déployée par l'autorité de surveillance des assurances en faveur des entreprises considérées individuellement. L'expérience montre que des entreprises d'assurance ayant un faible encaissement de primes peuvent générer un travail proportionnellement considérable pour l'autorité de surveillance. Cette situation a aussi conduit à prévoir, analogiquement à ce qui existe dans le domaine de la surveillance des banques, la possibilité de percevoir des émoluments pour certaines activités de surveillance. Ils doivent par exemple couvrir les coûts de l'enregistrement des intermédiaires. Des émoluments doivent également pouvoir être perçus à l'avenir pour certaines procédures administratives particulièrement coûteuses. Les émoluments doivent être pris en considération lors du calcul des taxes forfaitaires annuelles. Comme actuellement (cf. art. 52 et 53 de l'ordonnance du 11 septembre 1931 sur la surveillance [RS 961.05]), les contributions annuelles globales doivent être calculées en fonction de la part des primes encaissées individuellement par les entreprises d'assurance par rapport au total des primes encaissées par toutes ces entreprises. Le volume des primes serait une base inadéquate pour les intermédiaires car il n'est pas prévu d'exiger d'eux des comptes annuels. Pour déterminer les taxes forfaitaires annuelles, pour autant que cela soit nécessaire en plus des émoluments, il conviendra de se fonder sur les frais encourus par l'autorité de surveillance pour ses activités liées à la tenue du registre (en se fondant par exemple sur le nombre de requêtes émanant d'intermédiaires d'assurance).

2.1.2.5.2 Section 2 Mesures conservatoires

D'une façon générale, les dispositions du projet relatives aux mesures conservatoires reprennent, en regroupant la matière, la conception du droit actuel¹². Ces mesures sont en général la conséquence de manquements en matière d'organisation ou d'insuffisances financières. Elles peuvent être prises indépendamment de la surveillance d'abus au sens de l'*art. 44* du projet.

¹² Sur les mesures conservatoires en général, voir: Daniel Staehelin, *Der Schutz der Versicherten im Insolvenzrecht*, in: *Fritz Reichert-Facilides/Anton K. Schnyder, Versicherungsrecht in Europa; Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts*, p. 247.

Art. 49 Principe

Cette disposition concrétise le principe de la surveillance dite matérielle et fonde la compétence qu'à l'autorité de surveillance de prendre durant toute l'activité des entreprises d'assurance des mesures de surveillance pouvant s'adresser à l'entreprise d'assurance comme à des tiers (par ex. à des banques dépositaires en relation avec la fortune liée). L'*al. 1* donne à l'autorité de surveillance la compétence générale de prendre de telles mesures, alors que l'*al. 2* contient un catalogue non exhaustif de possibilités d'intervention. C'est ainsi que l'autorité de surveillance a par exemple la compétence de procéder au remplacement de l'organe de révision choisi par l'entreprise d'assurance. Des mesures autres que celles mentionnées sont également envisageables sur la base de la clause générale (let. g); 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. Sur la base de cette disposition, elle peut aussi continuer à ordonner l'établissement de plans de redressement et de financement quand bien même ces mesures, comme la notion de fonds de garantie en tant que partie de la marge de solvabilité, ne sont plus mentionnées expressément dans le projet (voir le commentaire de l'art. 9 sous ch. 2.1.2.2.2 ci-dessus). L'autorité de surveillance peut aussi exiger en tout temps le renforcement de la fortune liée. En tant que *lex specialis*, le droit de surveillance prévaut sur la loi fédérale du 11 avril 1889¹³ sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) – notamment ses art. 285 et suivants. Les mesures conservatoires doivent être considérées dans la perspective du retrait de l'agrément comme la mesure de surveillance ultime (art. 59). Il faut mentionner en particulier la révocation d'organes de l'entreprise d'assurance prévue dans l'*al. 2*. Elle constitue le pendant de l'art. 14 (voir ch. 2.1.2.2.2 ci-dessus).

Art. 50 Liquidation

Les art. 50 à 52 correspondent dans une large mesure aux règles actuelles dispersées dans plusieurs lois.

Art. 51 Ouverture de la faillite

Le droit de surveillance vise à permettre d'éviter aussi longtemps que possible la mise en faillite d'une entreprise d'assurance. C'est pourquoi, l'ouverture de la faillite requiert l'autorisation préalable de l'autorité de surveillance. Lorsqu'une entreprise avise le juge de son surendettement (art. 725, al. 2, CO), ce à quoi une entreprise d'assurance est aussi tenue, ou si un créancier requiert la faillite, le juge des faillites en avise sans délai l'autorité de surveillance et ajourne sa décision sur l'ouverture de la faillite. Si, par exemple, un assainissement n'est plus possible ou si aucune autre entreprise d'assurance n'est disposée à reprendre le portefeuille ou encore si le produit de la réalisation de la fortune liée (art. 49, al. 2, let. e, du projet) apparaît insuffisant, l'autorité de surveillance autorise l'ouverture de la faillite.

¹³ RS 281.1

Art. 52 Liquidation de la faillite

Comme actuellement, l'autorité de surveillance peut désigner une administration spéciale de la faillite et lui accorder les pouvoirs de l'assemblée des créanciers (*al. 1*). En cas de faillite, le projet reconnaît aux assurés un droit analogue à un droit de gage sur la fortune liée des entreprises d'assurance (*al. 4*). Par conséquent, le produit de la liquidation de la fortune liée, après déduction des frais d'inventaire, d'administration et de réalisation de la fortune liée (art. 262, al. 2, LP), couvre les prétentions des assurés garanties en vertu de l'*art. 17*. Ce n'est que le solde éventuel qui est versé à la masse.

**2.1.2.5.3 Section 3
Mesures conservatoires supplémentaires applicables
à l'assurance sur la vie**

Art. 53 et 54

Les règles des art. 53 (*Faillite de l'entreprise d'assurance*) et 54 (*Réalisation de la fortune liée*) réglementent les effets d'une faillite sur les contrats d'assurance; ces règles sont reprises du droit actuel.

Dans les assurances autres que l'assurance sur la vie, le contrat d'assurance prend fin dans les quatre semaines après l'ouverture de la faillite, laps de temps durant lequel le preneur peut tenter d'obtenir une nouvelle couverture d'assurance auprès d'une autre entreprise (art. 37, al. 1, LCA). Par contre, les contrats d'assurance sur la vie ne s'éteignent pas automatiquement lors de l'ouverture de la faillite (*art. 53, al. 1*, du projet).

L'*art. 53, al. 2*, énumère diverses mesures conservatoires supplémentaires que l'autorité de surveillance peut prendre avant la liquidation de la faillite.

**2.1.2.5.4 Section 4
Mesures conservatoires supplémentaires applicables
aux entreprises d'assurance étrangères**

Art. 55 à 57

Les art. 55 (*Exclusion des créances de tiers*), l'*art. 56 (For de la poursuite et réalisation forcée)* et l'*art. 57 (Restrictions du droit de libre disposition)* du projet contiennent, comme le droit actuel, des règles particulières pour les entreprises d'assurance étrangères en liquidation ou en faillite.

2.1.2.5.5 Section 5 Fin de l'activité d'assurance

Art. 58 Renonciation à l'agrément

Le projet impose expressément l'établissement d'un plan de liquidation aux entreprises d'assurance qui renoncent à un ou plusieurs des agréments qu'elles ont obtenus. Ce plan doit notamment indiquer la procédure qui est prévue pour mettre fin à l'activité.

Art. 59 Retrait de l'agrément

Le retrait d'agrément est la mesure la plus grave prévue par le droit de surveillance. Il est extrêmement rare qu'une telle mesure soit susceptible d'être prise, mais il n'est pas possible d'y renoncer, pour des motifs de protection des assurés. Avant de prononcer un retrait d'agrément, l'autorité de surveillance examinera la possibilité de prendre des mesures moins radicales.

Ne remplit plus les conditions d'octroi de l'agrément (*al. 1, let. a*) une entreprise qui, par exemple, n'est pas en mesure de rétablir sa situation financière dans le délai qui lui a été imparti ou qui viole gravement les obligations qui lui incombent en vertu de la législation de surveillance ou, d'une autre manière, n'offre plus la garantie d'une activité irréprochable. Ne remplit plus non plus les conditions d'octroi de l'agrément l'entreprise d'assurance qui n'en fait pas usage pendant six mois. Cette dernière règle correspond aussi aux directives de l'UE dont la disposition correspondante prévoit que l'agrément peut être retiré «*lorsque l'entreprise ne fait pas usage de l'agrément dans un délai de douze mois, y a renoncé expressément, ou a cessé d'exercer son activité pendant une période supérieure à six mois, à moins que l'Etat membre concerné ne prévoie, dans ces cas, que l'agrément devient caduc*»¹⁴. Si l'agrément est retiré, l'autorité de surveillance doit veiller en premier lieu à ce que l'entreprise d'assurance n'assure plus de nouveaux clients. Pour protéger les assurés dont les contrats courent encore, l'autorité de surveillance peut notamment, en vertu de l'*al. 2*, prendre les mesures appropriées pour protéger la fortune.

Art. 60 Transfert du portefeuille d'assurance

La réglementation relative au transfert de portefeuille correspond dans une large mesure au droit actuel. Elle est complétée par l'*art. 19, al. 2*, qui prévoit qu'en principe les biens de la fortune liée passent à l'entreprise qui reprend le portefeuille. Comme jusqu'ici, le transfert d'un portefeuille entraîne le transfert ex lege de tous les contrats d'assurance faisant partie de ce portefeuille.

¹⁴ Art. 22 de la Première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24.7.1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (JO n° L 228 du 16.8.1973, p. 3), modifié par l'art. 14 de la Troisième directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (JO n° L 228 du 11.8.1992, p. 1).

A l'instar du droit en vigueur (art. 39, al. 5, LSA), l'*al. 3* donne au preneur un droit de résiliation en cas de transfert de portefeuille s'il ne veut pas établir des relations contractuelles avec le nouveau partenaire.

Par contre, l'*art. 60, al. 4*, du projet permet, conformément à la pratique actuelle, d'exclure le droit de résiliation lorsque, d'un point de vue économique, le transfert de portefeuille n'entraîne pas de changement de partenaire contractuel, quand bien même, formellement et au plan juridique, l'identité de l'assureur change. C'est ainsi, par exemple, que la fusion d'entreprises ne déclenche pas de droit de résiliation car elle se distingue fondamentalement d'un transfert de portefeuille.

Art. 61 Publication

Cette disposition reprend les règles des art. 39 et 41 de l'actuelle LSA.

2.1.2.6 Chapitre 6 Dispositions particulières concernant la surveillance des groupes et conglomérats d'assurance

Le chap. 6 du projet contient des dispositions particulières concernant la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance. Pour des raisons pratiques, ce chapitre est subdivisé en deux sections suivant des systématiques analogues. Après les définitions du groupe d'assurance et du conglomérat d'assurance viennent des dispositions relatives aux conditions et aux modalités d'assujettissement à la surveillance particulière des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance ainsi qu'aux compétences de surveillance sur le plan international. Le noyau des dispositions matérielles est constitué par les règles relatives à la surveillance des risques et aux fonds propres du groupe et du conglomérat. Comme la loi sur la surveillance des assurances en général (voir art. 1 et le commentaire sous ch. 2.1.2.1 ci-dessus), les prescriptions relatives à la surveillance des groupes et des conglomérats servent en premier lieu à protéger les assurés. Cette protection doit être réalisée en empêchant que la solvabilité d'une entreprise d'assurance subisse des atteintes en raison de ses dépendances et de ses obligations par rapport à d'autres entreprises.

2.1.2.6.1 Section 1 Groupes d'assurance

Art. 62 Définition

Le groupe d'assurance est défini comme étant constitué par une pluralité d'entreprises réunies pour former une unité économique. Il s'agit le plus souvent d'entreprises d'assurance. Mais il suffit qu'il y ait une seule entreprise d'assurance qui soit liée à d'autres entreprises, étrangères à la branche.

Art. 63 Assujettissement à la surveillance des groupes

L'*al. 1* fournit la base détaillée de la compétence d'exercer la surveillance nationale sur les groupes d'assurance. Pour que l'autorité suisse de surveillance soit compé-

tente, il suffit qu'une entreprise d'assurance de droit suisse fasse partie du groupe ou que celui-ci soit effectivement dirigé à partir de la Suisse. Cependant, cette formulation englobe aussi des (parties de) groupes qui, selon des critères objectifs, relèvent de la surveillance par des autorités étrangères de surveillance.

L'al. 2 tient compte de la crainte des assureurs suisses de voir des autorités de surveillance étrangères revendiquer à tort la surveillance du groupe. Si l'autorité suisse de surveillance arrive à la conclusion que, sur un plan international, elle est mieux en mesure de surveiller le groupe que des autorités de surveillance étrangères en raison de sa proximité objective, elle revendiquera la compétence de surveillance, en la partageant le cas échéant de façon adéquate. L'autorité de surveillance entendra naturellement les entreprises suisses du groupe avant de rendre sa décision.

Art. 64 Relations avec la surveillance individuelle

La surveillance des groupes est complémentaire à la surveillance individuelle, conformément aux standards internationaux.

Art. 65 Garantie d'une activité irréprochable

Les règles de la surveillance individuelle relatives à la garantie d'une activité irréprochable (voir ci-dessus ad art. 14) sont applicables par analogie aux responsables à l'échelon du groupe d'assurance.

Art. 66 Surveillance des risques

Alors que personne ou presque ne conteste qu'il faut appréhender les concentrations de risques pour l'ensemble des entreprises du groupe et, le cas échéant, les réduire, la nécessité de surveiller des processus internes rencontre une compréhension beaucoup moins nette. Cependant, il faut créer au moyen d'une norme de délégation la base de prescriptions dans ce domaine, en harmonie avec les directives de l'UE qui servent de modèles. Il ne s'agit pas d'enregistrer tous les processus internes du groupe; aussi bien le but de la surveillance des groupes (voir le commentaire introductif sous ch. 2.1.2.6 ci-dessus) que le principe de proportionnalité de l'activité administrative impliquent une concentration de l'analyse sur les processus principaux. L'autorité de surveillance devra décider si, compte tenu d'une éventuelle évolution dynamique du besoin de surveillance, celle-ci est effectuée par le biais de rapports ou de mesures plus sévères.

Art. 67 Fonds propres

Les fonds propres pouvant être pris en considération doivent être déterminés par une ordonnance du Conseil fédéral. Par contre, les fonds propres requis seront fixés par l'autorité de surveillance qui est mieux à même d'édicter des prescriptions de nature technique en raison de sa plus grande proximité matérielle. En outre, cette délégation permet de réagir à temps à de nouvelles situations.

C'est en général le bilan consolidé du groupe d'assurance qui sert de base pour le calcul des fonds propres pouvant être pris en considération, ce qui a pour effet de neutraliser les transactions internes du groupe, comme les prêts ou l'utilisation multiple de fonds propres («double gearing»).

Les fonds propres exigés du groupe sont basés sur les prescriptions en matière de solvabilité valables pour les entreprises individuelles. L'utilisation de bases de calcul reconnues internationalement comme, par exemple, celles figurant dans la directive de l'UE concernant la surveillance des groupes d'assurance, peut être admise sur demande, pour autant que cela n'entraîne pas des inégalités de traitement. Lorsqu'elle fixe les fonds propres exigés globalement, l'autorité de surveillance prend en considération les risques découlant d'autres domaines d'activité, si la solvabilité spécifique de l'assurance n'en tient pas ou insuffisamment compte.

Art. 68 Révision externe

De la même manière que pour la surveillance individuelle (voir ci-dessus ad art. 28 et 29), il faut garantir que le groupe d'assurance dispose lui aussi d'un organe de révision externe. En général, ce sera le même organe de révision que pour l'entreprise dominante du groupe.

Art. 69 Obligation de renseigner

La surveillance d'un groupe d'assurance ne peut être effectuée d'une façon judiciaire et appropriée que si l'autorité de surveillance a un accès sans restriction à toutes les informations et tous les renseignements qui lui sont nécessaires. Pour cette raison, l'*art. 69* prévoit une obligation de renseigner pour toutes les entreprises faisant partie d'un groupe, qu'il s'agisse d'entreprises d'assurance ou d'entreprises étrangères à la branche de l'assurance. Les renseignements désirés peuvent être soit recueillis auprès de l'entreprise appartenant au groupe ou livrés par elle, soit obtenus par la voie de l'entraide administrative (voir aussi ch. 2.1.2.7 ci-après).

S'il faut examiner si une surveillance de groupe doit être décidée et quelles sont les entreprises concernées, l'autorité de surveillance peut, en se fondant sur les *art. 2, al. 1, let. d et 3*, exiger de toutes les entreprises éventuellement concernées toutes les informations qui lui sont nécessaires déjà dans le cadre de la procédure d'assujettissement.

2.1.2.6.2 Section 2 Conglomérats d'assurance

Art. 70 Définition

Le conglomérat d'assurance est le conglomérat avec «prédominance du secteur de l'assurance»; son pendant est le conglomérat avec «prédominance du secteur financier» (conglomérat financier) qui fait l'objet du projet de modification de la loi sur les banques (*art. 3c, al. 2*).

Le conglomérat d'assurance se distingue du groupe d'assurance en cela qu'à côté d'entreprises du secteur de l'assurance (et d'éventuels secteurs non réglementés), au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières fait partie du groupe. Le secteur financier qui s'ajoute au groupe ne doit pas être prédominant, mais il doit tout de même revêtir une grande importance économique. La pratique définira les seuils en se fondant sur ceux usuels dans l'UE en vertu de la directive sur les conglomérats.

Art. 71 Assujettissement à la surveillance des conglomérats

L'assujettissement d'un conglomérat financier à la surveillance des conglomérats suit les mêmes règles que celui d'un groupe d'assurance à la surveillance des groupes (voir ci-dessus ad art. 63).

L'*al. 2* concerne la décision relative à la compétence de l'autorité de surveillance et la délimitation de la surveillance par rapport à d'autres autorités de surveillance, suisses ou étrangères, d'une façon analogue à celle retenue dans l'*art. 63, al. 2*. La seule différence entre les deux dispositions est que, dans le cadre de la surveillance des conglomérats d'assurance, des contacts avec des autorités suisses et étrangères de surveillance des banques et des négociants en valeurs mobilières sont aussi possibles.

Art. 72 Relations avec la surveillance individuelle et la surveillance des groupes

La surveillance d'un conglomérat financier ne dispense pas de la surveillance subordonnée des groupes d'assurance et des groupes financiers. De la même façon, l'obligation de surveiller individuellement les entreprises assujetties à la surveillance subsiste. Il n'est pas exclu qu'il en découle en pratique un certain allègement pour l'entreprise d'assurance, au moins lorsque c'est la même autorité de surveillance qui est responsable.

Art. 73 Garantie d'une activité irréprochable

Les règles de la surveillance individuelle relatives à la garantie d'une activité irréprochable sont applicables par analogie aux responsables à l'échelon du conglomérat d'assurance, comme pour les groupes d'assurance (*art. 65*).

Art. 74 Surveillance des risques

Les dispositions concernant la surveillance des risques dans les conglomérats correspondent à celles prévues pour les groupes d'assurance (voir ci-dessus ad art. 66). Les entreprises soumises à des règles relevant de plusieurs secteurs pourraient éventuellement être tentées de transférer des activités aux fins de «Regulatory Arbitrage». La surveillance des processus internes des conglomérats est de nature à empêcher de commettre des abus avec de telles opérations.

Art. 75 Fonds propres

Comme pour les groupes d'assurance (voir ci-dessus ad art. 67), c'est le bilan consolidé du conglomérat d'assurance qui sert de base au calcul des fonds propres pouvant être pris en considération. Les fonds propres exigés sont déterminés selon les règles relatives aux domaines spécifiques. Par conséquent, le total des fonds propres exigés correspond à la somme des montants exigés pour le secteur de l'assurance et pour le secteur financier («Block-building Approach»). Ce procédé garantit notamment que les risques sectoriels soient pris en considération convenablement.

Art. 76 Révision externe

De la même manière que pour la surveillance des groupes (*art. 68*), il faut garantir que le groupe d'assurance dispose lui aussi d'un organe de révision externe.

Art. 77 Obligation de renseigner

Le contenu de l'*art. 77* correspond à celui de l'*art. 69*.

2.1.2.7 Chapitre 7 Entraide et procédure

Art. 78 Echange d'informations en Suisse

Cette disposition doit rendre dorénavant possible l'échange d'informations entre l'autorité suisse de surveillance des assurances et les autres autorités suisses de surveillance des marchés financiers. Une disposition analogue a déjà été introduite dans l'*art. 50* du projet de révision totale de la loi sur la Banque nationale et doit figurer également dans la LB et dans celle sur les bourses (*art. 23^{bis}* P-LB; *art. 34^{bis}* P-LBVM). Il doit être ainsi possible, notamment en prévoyant une interdépendance étroite dans la surveillance des marchés financiers, de garantir une surveillance complète. En outre, l'on peut imaginer que d'autres domaines d'activité d'intérêt commun s'ouvriront dans le futur. L'étendue de l'échange d'informations est dictée par l'intérêt de l'autorité requérante, en ce sens que ce sont uniquement les informations et les documents dont cette autorité a réellement besoin pour accomplir sa tâche qui peuvent être transmis.

Art. 79 Entraide avec les autorités étrangères de surveillance

La collaboration avec les autorités de surveillance étrangères est actuellement réglée par l'*art. 17* de la loi sur l'assurance-vie (RS 961.61) et l'*art. 28* de la loi sur l'assurance dommages (RS 961.71).

Le projet prévoit de déléguer au Conseil fédéral la compétence de régler l'échange d'informations avec des autorités étrangères de surveillance dans le cadre de traités internationaux. Ces traités ne requièrent plus l'assentiment du Parlement. En revanche, ils doivent tenir compte des restrictions mentionnées dans l'*art. 79*, touchant l'utilisation des informations par les autorités étrangères. Le projet de loi ne subordonne toutefois pas l'entraide administrative à de tels traités, qui peuvent cependant se révéler utiles dans la mesure où ils consacrent l'obligation d'une entraide administrative et permettent d'en régler les modalités.

Pour la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance, l'*art. 79* du projet permet l'échange d'informations avec d'autres autorités de surveillance des marchés financiers

Sous réserve de modifications rédactionnelles, le contenu de l'*art. 79* correspond dans une large mesure à celui de l'*art. 23^{sexies}* de la loi sur les banques (RS 952.0).

Art. 80 Contrôles transfrontières

Enfin, l'*art. 80* contient la base légale d'un contrôle sur place, à l'étranger, par l'autorité suisse de surveillance. Cette réglementation est nécessaire car une surveillance effective des groupes et des conglomérats ne saurait prendre fin à la frontière suisse mais doit, au contraire, pouvoir porter, par-delà les frontières aussi, sur toutes les entreprises faisant partie du groupe ou du conglomérat. Il est ainsi possible de garantir que les Etats étrangers bénéficient d'un droit de réciprocité, ce qui est en général la condition pour que l'Etat étranger concerné autorise un contrôle par l'autorité suisse de surveillance.

Sous réserve de modifications rédactionnelles, le contenu de l'*art. 80* correspond dans une large mesure à celui de l'*art. 23^{septies}* de la loi sur les banques (RS 952.0).

Art. 81 Commission de recours

La disposition relative à la commission de recours en matière de surveillance des assurances privées ne subit pas de modification de fond. L'importance du rôle de la commission de recours et de sa jurisprudence s'est accrue avec l'accroissement de la diversité des produits et l'abandon progressif du contrôle préalable de ceux-ci.

Art. 82 Tribunaux

Cette disposition reprend l'*art. 47* de l'actuelle LSA (voir aussi ch. 1.2.5.1.5 ci-dessus).

2.1.2.8 Chapitre 8 Dispositions pénales

Contrairement à ce que prévoit le droit actuel, une disposition permettant de sanctionner l'inobservation de prescriptions d'ordre devient inutile car les infractions propres au droit de surveillance doivent dorénavant être énumérées dans la loi et divisées entre les contraventions et les délits. En procédant ainsi, l'on ne tient pas seulement compte de façon appropriée du principe de la légalité des délits et des peines dans un Etat de droit, mais aussi de la tendance à renoncer à la contravention d'ordre. Cependant, la possibilité de punir directement une entreprise d'assurance pour des cas de peu d'importance subsiste en raison de l'applicabilité de la loi fédérale du 22 mars 1974¹⁵ sur le droit pénal administratif (voir *art. 83* et *84*). En outre, la punissabilité subsidiaire des personnes morales en matière de délits doit être introduite lors de la révision de la partie générale du Code pénal (voir ci-après *ad art. 84*).

Un autre avantage de la nouvelle systématique réside dans l'harmonisation des concepts du droit pénal administratif et du droit pénal ordinaire¹⁶, en ce sens que la subdivision en groupes de délits doit désormais reposer sur la peine prévue. Par conséquent, contrairement à l'*art. 50* de la loi de surveillance actuelle qui fait une distinction entre les contraventions et les délits en fonction de la façon dont l'infraction a été commise (négligence/intention), la nouvelle division repose sur la menace de

¹⁵ RS 313.0

¹⁶ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

peine (amende/emprisonnement ou amende), fondée elle-même sur la gravité de l'infraction entrant en considération.

Par rapport au droit actuel, le montant des amendes a été considérablement relevé. Les amendes actuelles de 5000 francs au plus pour l'inobservation de prescriptions d'ordre et de 40 000 francs au plus pour les délits et les contraventions ne sont plus adaptées à un environnement économique dans lequel des infractions permettent de réaliser des bénéfices par millions et elles demeurent sans effets. Cela a conduit à des modifications législatives analogues dans d'autres domaines également (par ex. droit de la concurrence). La révision des Dispositions générales du Code pénal suisse en préparation prévoit également une augmentation massive de la limite supérieure des amendes.

C'est pourquoi le projet prévoit de porter les amendes à 100 000 francs pour les contraventions et à un million de francs pour les délits. Le niveau de l'amende pour les délits demeure sensiblement inférieur à ce que l'on rencontre à l'étranger pour le secteur des marchés financiers mais correspond approximativement à la proposition faite pour la révision des Dispositions générales du Code pénal suisse et paraît donc adéquat. Les nouvelles amendes se situent dans le cadre du nouveau régime de sanctions pénales envisagé pour la future loi sur les marchés financiers.

Pour les cas qui sont manifestement de très peu de gravité, l'art. 7 de la loi sur le droit pénal administratif demeure applicable, selon lequel l'entreprise peut être condamnée directement si l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs. Selon le message (FF 1999 1949, ch. 217.421), cette réserve ne devrait pas disparaître avec la révision du code pénal.

Art. 83 Contraventions

L'art. 83 énumère les infractions de peu de gravité qui sont punies en tant que contraventions. En font notamment partie la violation de devoirs d'annonce selon l'art. 21 ou la remise tardive du rapport de gestion et du rapport d'activité selon l'art. 25. En outre, cette disposition constitue la base légale pour sanctionner des violations de dispositions d'exécution ou de décision. L'art. 83, al. 1, lettre g, constitue une lex specialis de l'art. 292 du Code pénal suisse. L'infraction intentionnelle est passible d'une amende de 100 000 francs au maximum et l'infraction commise par négligence d'une amende de 50 000 francs au plus. La poursuite et le jugement de ces actes délictueux incombent à l'autorité de surveillance, selon les normes du droit pénal administratif; sous le nouveau droit également, l'autorité de surveillance aura ainsi la possibilité de publier ses jugements, pour autant qu'il existe un intérêt à ce qu'elle le fasse (art. 61 du code pénal en relation avec l'art. 2 de la loi sur le droit pénal administratif). Si une personne physique commet une infraction dans le cadre de son activité pour une personne morale, l'art. 7 de la loi sur le droit pénal administratif prévoit en outre la punissabilité de cette personne morale, si l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5000 francs et si l'enquête rend nécessaires des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue. Cette disposition permet ainsi de condamner au paiement d'une amende l'entreprise d'assurance pour laquelle la personne physique a agi.

Cette disposition reprend en partie le droit actuel, mais prend également en considération d'autres faits relevant du droit de surveillance et présentant un certain degré de gravité, comme la diminution de la sécurité des biens affectés à la fortune liée.

Les personnes morales ne sont fondamentalement pas punissables selon le droit pénal actuel. Toutefois, l'art. 102 du projet de révision des Dispositions générales du Code pénal suisse prévoit la punissabilité subsidiaire des entreprises (personnes morales, sociétés et entreprises individuelles) lorsqu'une infraction ne peut pas être imputée à une personne physique en raison de l'organisation déficiente de l'entreprise. La peine maximum prévue est de 5 millions de francs. Le nouvel art. 102 serait aussi applicable pour la loi de surveillance, par application de l'art. 333, al. 1, du code pénal.

La poursuite et le jugement des délits incombent aux cantons. Ici aussi, il est possible de publier les jugements sur la base de l'art. 61 en relation avec l'art. 333, al. 1, du code pénal.

2.1.2.9 Chapitre 9: Dispositions finales

En ce qui concerne la question des délégations de compétences, voir le ch. 6.2 ci-après.

Selon la LSA actuelle, c'est l'OFAP qui est l'autorité de surveillance des entreprises d'assurance privées, certaines fonctions de surveillance étant toutefois réservées au Département fédéral de justice et police (DFJP). Le projet prévoit de concentrer à l'avenir toutes les tâches de surveillance auprès d'une seule instance, désignée par le Conseil fédéral (*al. 1, 2^e phrase*).

L'*al. 3* permet, comme jusqu'ici, aux cantons de prélever auprès des entreprises d'assurance des contributions modérées destinées à la protection contre le feu. Le projet ajoute la prévention des dommages dus à des événements naturels comme possibilité d'affectation de ces contributions. Cette extension a été demandée dans la motion Odilo Schmid relative à l'encouragement de la prévention des dégâts causés par les éléments naturels (voir ch. 1.1.2.2, let. c, ci-dessus). Une telle extension paraît judicieuse car elle tient compte des imbrications entre les mesures de protection contre le feu et celles en matière de prévention des dommages dus à des événements naturels, par exemple dans les domaines de la formation, de l'équipement ou de l'organisation des organismes de sécurité locaux. La mise sur un même plan qui est prévue pour les deux types de mesures repose sur le lien, qui existe déjà depuis 1993 dans la LSA actuelle et qui est repris dans le projet de nouvelle loi de surveillance (*art. 31*), de l'assurance des dommages causés par l'incendie avec celle des dommages dus à des événements naturels. Comme ce dernier lien, qui repose principalement sur des considérations socio-politiques (cf. FF 1991 IV 22–23), l'élargissement proposé des possibilités d'utilisation des contributions perçues peut être fondé sur la compétence de la Confédération de légiférer sur les assurances privées prévue par l'art. 98, al. 3, de la Constitution fédérale. Cette dernière disposition attribue à la seule Confédération le droit de légiférer en matière d'assurances pri-

vées. La loi sur l'assurance-maladie, la loi sur l'assurance-accidents, la loi sur une contribution à la prévention des accidents présentent également des cas de financement de mesure de prévention par le biais de suppléments sur les primes d'assurance.

Art. 86 Abrogation et modification du droit en vigueur

Les actes législatifs à abroger sont mentionnés dans l'annexe. Il est prévu d'abroger les cinq lois qui régissent actuellement la surveillance des entreprises d'assurance (cf. liste sous ch. 1.1.1.1).

Les modifications d'actes législatifs proposées sont énumérées dans l'annexe au projet et commentées ci-après.

Art. 87 Dispositions transitoires

L'*art. 87* prévoit des délais d'adaptation s'appliquant notamment à la date limite de remise de leur rapport par les entreprises d'assurance, aux exigences en matière de formation professionnelle pour les actuaires responsables et les intermédiaires enregistrés ainsi qu'à l'augmentation du capital minimum que prescrit l'*art. 8*. L'*al. 6* s'adresse aux groupes d'assurance et aux conglomérats d'assurance qui ont déjà été soumis à un régime de surveillance spécifique avant l'entrée en vigueur de la loi.

2.1.3 Annexe II Modification d'actes législatifs

2.1.3.1 Chiffre 1 Code des obligations¹⁷

Le contenu des art. 671, al. 6 et 860, al. 4 est transféré dans l'*art. 26, al. 1, 1^{re} phrase*, du projet afin de regrouper les règles comptables particulières aux entreprises d'assurance.

**2.1.3.2 Chiffre 2
Loi fédérale du 25 juin 1976 sur une contribution
à la prévention des accidents de la route**

La surveillance exercée sur le prélèvement et le transfert des contributions perçues pour la prévention des accidents de la route, conformément à l'art. 10 de la loi du 25 juin 1976 sur une contribution à la prévention des accidents de la route (RS 741.81) et à l'art. 4 de l'ordonnance du 13 décembre 1976 sur une contribution financière à la prévention des accidents de la route (RS 741.811), ne doit pas être supprimée; dans ce domaine, le montant de la contribution est fixé par voie d'ordonnance et l'autorité de surveillance des assurances ne procède pas à une approbation de tarifs.

Les modifications proposées pour l'art. 10 de la loi résultent de la réglementation de la compétence de surveillance dans le présent projet.

¹⁷ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième: droit des obligations); RS 220.

2.1.3.3 Chiffre 3
Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)
(art. 68, al. 2)

Le projet de LSA ne prévoit plus de procédure de contrôle et d'approbation systématique préalable des tarifs appliqués par les entreprises d'assurance privées, à l'exception du tarif, uniforme, de l'assurance des dommages dus à des événements naturels. La proposition d'abrogation de l'art. 68, al. 2, LPP (RS 831.40), qui prévoit l'examen par l'autorité de surveillance des tarifs applicables à la prévoyance professionnelle légalement prescrite, s'inscrit dans la nouvelle orientation de la surveillance des entreprises d'assurance privées. Dans ce domaine également, les contrôles par sondages a posteriori doivent faire l'objet d'une attention particulière (voir ci-dessus ch. 2.1.2.5.1).

Des approbations de tarifs sont également prévues dans diverses ordonnances du Conseil fédéral qui devront également être adaptées en temps utile (art. 26, al. 2, de l'ordonnance sur l'assurance dommages [RS 961.711] pour les risques relevant de l'assurance sur la vie, de l'assurance-maladie et de l'assurance-maladie complémentaire; art. 44, al. 3, de l'ordonnance sur l'assurance des véhicules [RS 741.31] pour les primes de l'assurance-transfrontière).

2.1.3.4 Chiffres 4 et 5

Il s'agit de modifications purement formelles.

2.1.3.5 Chiffres 6
(loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques) et
7 (loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses)

2.1.3.5.1 Introduction

2.1.3.5.1.1 Groupe d'experts surveillance des marchés financiers

Le Département fédéral des finances a mis sur pied un groupe d'experts en matière de surveillance des marchés, lequel a rendu son rapport final en novembre 2000. Ce document traitait également de la question de la surveillance des conglomérats et prônait l'application d'une solution flexible adaptée aux circonstances propres à chaque conglomérat¹⁸. Dans sa prise de position, la Commission fédérale des banques (CFB) s'est exprimée en faveur d'une telle flexibilité. Toutefois, elle a également estimé nécessaire que la pratique actuelle soit mieux reflétée de manière formelle dans la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB; RS 952.0) et, de manière connexe, dans la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1). Cette volonté correspondait par ailleurs à l'évolution que la

¹⁸ «La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse», novembre 2000, rapport final du groupe d'experts surveillance des marchés financiers, recommandations n° 22–25, p. 13.

question a connue au sein de l'UE. Pour la CFB, la réglementation actuelle est insatisfaisante, particulièrement du fait que, faute d'aménagements correspondants dans la loi, la surveillance d'un conglomérat n'est pour partie possible que sur la base d'un assujettissement volontaire.

2.1.3.5.1.2 Commission Zimmerli

En coordination avec l'Office fédéral des assurances privées, le groupe d'experts désigné par le Conseil fédéral a été à diverses reprises consulté au cours du printemps et de l'été 2002.

2.1.3.5.1.3 Pratique actuelle de la CFB en matière de surveillance des groupes et des conglomérats

La surveillance des groupes dans le secteur bancaire *stricto sensu* ainsi que dans le domaine financier (sans les assurances) existe depuis de nombreuses années et constitue une pratique établie et largement incontestée de la CFB. En rapport avec les conglomérats financiers à la tête desquels ne se trouve pas une banque mais une holding, la Commission dut initialement faire appel à une construction auxiliaire, laquelle consistait à rendre responsable la banque la plus importante du conglomérat. Dans une phase subséquente, la surveillance adéquate fut déterminée de manière conjointe et concordante avec les instances dirigeantes du conglomérat (modèle développé sur l'exemple concret du Crédit Suisse Group). Le projet n'apporte en conséquence pas de grandes modifications de la surveillance prudentielle exercée par la CFB sur les banques et les négociants, mais constitue une codification de la pratique actuelle.

Contrairement à ce qui est nouvellement prévu dans la révision de la LSA, il n'existe actuellement aucune disposition relative à la surveillance des groupes et des conglomérats dans la LB. A côté de la pratique susmentionnée, certaines règles sont présentes au niveau de l'ordonnance. La prescription relative aux fonds propres et à la répartition des risques sur base consolidée contenue à l'art. 14 de la loi sur les bourses (loi du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières; LBVM; RS 954.1) constitue à cet égard la seule exception au niveau de la loi.

2.1.3.5.1.4 Concept de révision de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses

D'un point de vue matériel, les dispositions proposées correspondent pour l'essentiel aux propositions de révision de la LSA. Les lois se distinguent toutefois au niveau de leur systématique. Ainsi, toutes les dispositions se rapportant à la surveillance des groupes et des conglomérats sont réunies de manière compacte, dans sept articles qui se suivent, dans les conditions d'autorisation de la LB. Dans la LBVM, deux normes renvoient à la LB. Par contre, pour le projet de révision de la LSA, l'on saisit l'occasion de la révision totale pour regrouper dans un chapitre propre les différentes dispositions sur la surveillance des groupes et des conglomérats.

En outre, si l'on effectue une comparaison directe avec ce projet de révision, il manque dans la LB un passage analogue à celui figurant dans le projet de LSA au sujet de l'échange d'informations en Suisse (art. 78 du projet de nouvelle LSA). La raison en est qu'il a été prévu d'introduire une telle disposition dans la LB, dans le cadre de la révision en cours de la loi sur la Banque nationale qui se trouve dans un stade plus avancé.

Le projet prévoit pour la LB sept nouveaux articles (art. 3*b*–3*h* LB) concernant la surveillance des groupes et des conglomérats, dans le chap. II existant «Autorisation pour la banque d'exercer son activité». D'un point de vue systématique, ils font suite aux conditions générales d'octroi d'autorisation valables pour toutes les banques (art. 3 LB) et aux dispositions sur les banques cantonales (art. 3*a* LB). Ils précèdent pour leur part les dispositions spéciales relatives aux banques en mains étrangères (art. 3*bis*–3*quater* LB). Les art. 3*f*–3*h* LB ne contiennent que les principes essentiels des règles matérielles de surveillance en vigueur. La réglementation de détail est déléguée à la CFB.

Pour ce qui est des prescriptions actuelles, seule est éliminée l'exigence de la surveillance sur une base consolidée appropriée pour les banques en mains étrangères selon l'art. 3*bis*, al. 1*bis*, LB. Le passage supprimé à cet endroit a été repris au mot près dans le nouvel art. 3*b* LB, lequel est maintenant applicable à toutes les banques.

La LBVM n'a pas à subir de révisions majeures. Elle comprend deux renvois prescrivant l'application analogique des règles de la LB: d'un côté dans l'art. 10, al. 5, et d'un autre côté dans l'art. 14 nouvellement formulé LBVM). La différence matérielle entre les deux textes consiste en ce qu'un groupe financier ou conglomérat financier au sens de la LBVM comprend un négociant en valeurs mobilières, en lieu et place d'une banque assujettie à la surveillance de la CFB.

2.1.3.5.1.5 Eurocompatibilité

Le plus important partenaire commercial de la Suisse, l'UE, a entrepris des efforts considérables ces dix-huit dernières années pour mettre en place un marché unique également dans le domaine des prestations de service. Preuve en est le grand nombre de directives édictées en matière de surveillance. Elles ne concernent pas que la surveillance d'établissements isolés¹⁹, mais, de manière accrue depuis le début des années 90, également la surveillance de groupes homogènes²⁰. A cela s'ajoutent diverses directives relatives en particulier à la dotation adéquate en fonds propres²¹ ainsi qu'aux comptes consolidés²². Une des explications données à cette action était que seul l'établissement de standards minimaux européens en matière de surveillance permettait d'assurer des prestations financières de premier ordre.

¹⁹ Etablissements de crédit (banques), Directive 2000/12/CE (consolidation des Première et Deuxième Directives bancaires; modifiée par la Directive 2000/28/CE); entreprises d'investissement, Directive 93/11/CEE; sociétés d'assurance directe (sans le secteur vie), Directive 73/239/EWG, 92/49/CEE; assurances-vie, Directive 79/267/CEE, 92/96/CEE.

²⁰ Banques et entreprises d'investissement, Directive 2000/12/CE; assurances, Directive 79/267/CEE.

²¹ Directive 93/6/CEE sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit (modifiée par la Directive 98/31/CE et 98/33/CE).

²² 4^e Directive 78/660/CEE et 7^e Directive 83/349/CEE concernant les comptes annuels sur certaines formes de sociétés.

La Commission européenne a publié, le 11 février 2003, la directive prévoyant l'introduction d'une surveillance additionnelle des conglomérats financiers²³. La Commission s'appuie sur le plan d'action en matière de prestations financières ainsi que sur le but consacré par le Conseil des ministres lors de la Conférence de Lisbonne, aux termes duquel l'intégration des marchés financiers devra être achevée en 2005. La Commission européenne considère que l'adoption d'une directive spécifique en relation avec la surveillance des conglomérats était nécessaire d'une part en raison de l'absence de réglementation européenne du statut de certains types de groupes financiers (p.ex. les groupes horizontaux) ou se rapportant à d'importantes questions prudentielles relatives aux conglomérats en général et d'autre part pour éliminer certaines incohérences (à titre d'exemple, on peut mentionner le traitement différencié d'un secteur à un autre de certaines questions identiques de la surveillance ou l'existence de cas où un seul et même groupe financier est soumis à plusieurs directives sectorielles).

Les modifications de la LB, de la LBVM et de la LSA proposées dans le projet sont conformes aux principes de la Directive européenne qui requiert le respect de prescriptions spéciales en matière de fonds propres ainsi que des mesures additionnelles se rapportant à la détermination et à la limitation des risques pour les conglomérats. L'exigence de la garantie d'une activité irréprochable est en outre posée pour la direction au plus haut niveau du conglomérat. Aux termes du présent projet, ce ne sont toutefois que les principes généraux de la surveillance des groupes et des conglomérats qui sont réglés au niveau de la loi.

2.1.3.5.2 Modifications dans la loi sur les banques

Art. 3b Exigence d'une surveillance des groupes ou des conglomérats dans le secteur financier comme condition d'autorisation individuelle

La proposition pose le principe selon lequel la CFB peut soumettre l'octroi d'une autorisation à une banque qui fait partie d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier, à l'existence d'une surveillance consolidée (suisse ou étrangère) appropriée. En l'absence d'une telle surveillance, la CFB peut aussi mettre en œuvre elle-même la surveillance consolidée. La règle concerne toutes les banques, alors qu'elle n'était auparavant expressément prévue que pour les banques en mains étrangères et que la CFB l'appliquait simplement aussi dans la pratique aux groupes financiers suisses. L'art. 3^{bis}, al. 1^{bis}, LB est raccourci en conséquence (cf. Remarques au sujet de l'art. 3^{bis}, al. 1^{bis}, ci-après).

²³ Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil.

Art. 3c Définition du groupe et du conglomérat financiers au sens de la loi sur les banques

L'al. 1 définit de manière extensive la notion de groupe financier: il suffit que l'activité principale du groupe porte sur le secteur financier (sans le secteur des assurances) et que l'une des entreprises soit soumise à la surveillance individuelle (surveillance suisse ou étrangère des banques ou du commerce des valeurs mobilières). Sur le modèle de la disposition sur la consolidation des fonds propres actuellement en vigueur à l'art. 13a, al. 1, de l'ordonnance sur les banques (ordonnance du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne; RS 952.02), l'élément prioritaire pour la définition du groupe est celui de l'unité économique que forment les entreprises. Par rapport à l'art. 13a de l'ordonnance sur les banques et à l'ancien art. 14 de la loi sur les bourses, la formulation est précisée en ce sens que le critère décisif pour un groupe financier est le fait qu'une ou plusieurs entreprises sous surveillance individuelle pourrait de fait ou juridiquement être tenues de prêter assistance à une société du groupe.

Un groupe financier comprend au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières. Le négociant en valeurs mobilières est mentionné expressément dans la loi sur les banques pour des raisons de clarté, quand bien même une application par analogie de la loi sur les banques fondée sur les art. 10, al. 5 et 14 de la loi sur les bourses conduirait au même résultat.

Selon l'al. 2, un conglomérat financier présuppose l'existence d'un groupe d'entreprises comprenant au moins une banque ou un négociant en valeurs mobilières et auquel appartient encore une entreprise d'assurance. Du point de vue du droit de la surveillance, on se trouve en présence d'un conglomérat financier dominé par le secteur bancaire ou par celui du négoce en valeurs mobilières lorsque le secteur financier est prédominant, le secteur de l'assurance a une «importance économique considérable» et les entreprises constituent une unité économique, ou encore lorsqu'il y a lieu, par analogie avec les dispositions concernant les groupes financiers, de supposer en raison d'autres circonstances qu'une ou plusieurs entreprises sous surveillance individuelle sont de fait ou juridiquement tenues de prêter assistance à une société du groupe.

Un conglomérat financier au sens de la LB constitue ainsi toujours un groupe financier, alors qu'un groupe financier stricto sensu n'est pas actif dans le domaine des assurances. En concordance avec la réglementation future de l'UE, doivent faire partie d'un groupe financier au minimum une banque ou un négociant, alors qu'un conglomérat financier comporte en sus d'une banque ou d'un négociant au moins une assurance (art. 3c, al. 2, LB)²⁴. La présence simultanée de sociétés des trois secteurs (banques, négociants et sociétés d'assurance) n'est néanmoins pas nécessaire.

Art. 3d Assujettissement, compétence suisse et coordination en Suisse et sur le plan international

La CFB peut en principe toujours revendiquer sa compétence pour la surveillance consolidée, lorsque sa décision concerne un groupe financier ou un conglomérat fi-

²⁴ Cf. à cet égard l'art. 2 ch. 13–14 et l'art. 3 de la directive européenne en matière de conglomérats.

nancier au sens de la LB qui comprend en Suisse une banque ou un négociant en valeurs mobilières (art. 3d, al. 1, let. a, LB ou lorsque ce groupe est effectivement dirigé depuis la Suisse, par exemple par le biais d'une société holding ou de personnes physiques domiciliées en Suisse (art. 3d, al. 1, lit. b LB). Le but poursuivi par la notion de «*direction effective*», est d'éviter que la CFB doive assumer la surveillance d'un groupe ou d'un conglomérat dans le cas de sociétés dites «*boîte aux lettres*» sans fonction dirigeante réelle en Suisse.

Lorsqu'un groupe financier est actif par-delà les frontières de la Suisse, plusieurs autorités de surveillance des marchés financiers sont généralement impliquées. Pour ce qui est des conglomérats financiers, l'autorité suisse de surveillance des assurances – l'OFAP – intervient généralement de surcroît en tant qu'autorité de surveillance. L'art. 3d, al. 2, LB régit la procédure. Selon cette dernière disposition, la CFB est expressément autorisée – et elle en a l'obligation – à se concerter à propos de l'exercice de la surveillance des groupes ou des conglomérats avec les autorités de surveillance impliquées. Les intérêts des groupes financiers et conglomérats financiers suisses sont sauvegardés dans la mesure où la CFB consulte ces sociétés avant de se prononcer.

La concertation revêt trois aspects. Il s'agit en premier lieu de déterminer l'autorité de surveillance compétente à titre primaire (Lead Regulator resp. Lead Coordinator). En second lieu, la surveillance consolidée implique que toutes les autorités de surveillance concernées s'entendent entre elles sur les questions de compétence et sur les modalités de la coopération. Lorsque, dans un cas d'espèce, il revient à la CFB d'assumer en tant que principale responsable la surveillance consolidée d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier, cette tâche de coordination sera généralement remplie à l'aide d'informations collectées auprès du groupe (cf. art. 3h, al. 3, LB) et des prescriptions toujours valables en matière d'entraide. Le concept n'exclut pas l'existence, aux côtés d'un Lead Regulator (p.ex. une autorité de surveillance des assurances dans un conglomérat financier), d'un «*Sub-Lead Regulator*» (p.ex. la CFB dont la compétence serait limitée au domaine financier). Les modalités de la coopération en matière de surveillance et d'échange d'information²⁵ sont fixées au cas par cas ou de manière générale entre les autorités de surveillance. Il est de la sorte possible d'éviter aussi bien les lacunes que les chevauchements dans le système de surveillance. Une telle coordination existe déjà aujourd'hui, comme le démontrent les exemples d'UBS SA, du Credit Suisse Group et du Zurich Financial Services Group, tous trois actifs au niveau mondial.

En dernier lieu, l'al. 3 renvoie également pour ce qui a trait à l'objet de la surveillance consolidée aux art. 3f à 3h LB où les règles matérielles de surveillance sont énumérées succinctement. La loi ne laisse ensuite à la CFB la compétence de régler les détails tant sur un plan général et abstrait que dans un cas d'espèce.

Art. 3e Relations avec la surveillance individuelle

Par souci de clarté, le fait que les surveillances des groupes et des conglomérats sont exercées à titre complémentaire et que la surveillance individuelle ne doit par conséquent pas être négligée y est expressément mentionné. Il conviendra naturellement

²⁵ Cf. à cet égard également les art. 10–12 de la directive européenne en matière de conglomérats.

indiqué d'utiliser les synergies lorsque cela paraît judicieux, notamment lorsque les tâches incombent à une même autorité de surveillance.

Art. 3f-3h Objet et organisation de la surveillance des groupes et des conglomérats

Les éléments essentiels d'une surveillance des groupes financiers ou des conglomérats financiers par la CFB sont regroupés dans trois articles; dans les *art. 3f* et *3g*, l'on a renoncé, par souci de concision, à ne traiter qu'un seul objet par article.

Art. 3f Garantie d'une activité irréprochable, organisation adéquate et gestion des risques

Conformément à la pratique actuelle de la CFB, la direction au plus haut niveau d'un groupe financier ou d'un conglomérat financier est soumise à l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable (*art. 3f, al. 1, LB*) et d'une organisation adéquate pour déterminer et maîtriser les risques (*art. 3f, al. 2, LB*)²⁶. La mention de l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable en plus de l'exigence relative aux entreprises individuelles (*art. 3, al. 2, let. c, LB*) paraît opportune.

Au sens du projet, l'exigence selon laquelle un groupe financier doit disposer au niveau le plus haut d'une révision interne qualifiée est comprise implicitement dans la notion d'«*organisation adéquate*».

Art. 3g Prescriptions sur les fonds propres, les liquidités, la répartition des risques, les positions de risques internes et la comptabilité

En ce qui concerne les groupes financiers, cette disposition ne constitue que la base légale expresse de dispositions qui figurent déjà, en grande partie, au niveau de l'ordonnance; les règles se rapportant aux exigences en matière de fonds propres, à la concentration des risques et aux positions à l'intérieur du groupe et aux liquidités, en particulier, doivent être édictées conformément aux standards internationaux. Sont entre autres déterminants premièrement les travaux correspondants du Joint Forum (on Financial Conglomerates) qui est un regroupement des autorités de surveillance en matière bancaire, de négoce de valeurs mobilières et d'assurances; deuxièmement les règles sectorielles existantes (en particulier celles du Comité de Bâle sur le contrôle bancaire pour le secteur des banques). Dans la mesure où il existe des motifs d'ordre prudentiel, des standards différents peuvent être exigés. D'autre part, la CFB doit garder à l'esprit le problème de la compétitivité internationale des groupes financiers et conglomérats financiers surveillés en Suisse. Eu égard à la grande complexité et aux changements rapides de ces standards, il apparaît approprié de déléguer à la CFB plutôt qu'au Conseil fédéral l'adoption des normes matérielles applicables (*art. 3g LB*).

Alors que *l'al. 1* du projet contient une compétence de réglementation de l'autorité de surveillance pour les groupes financiers, la CFB peut, selon *l'al. 2*, donner la préférence à des décisions de cas en cas, plutôt qu'à une réglementation générale abstraite.

²⁶ Cf. à cet égard également l'art. 9 de la directive européenne en matière de conglomérat.

Art. 3h Tâches de l'organe externe de révision et droit de l'autorité de surveillance de consulter les livres et d'être renseignée

Les groupes financiers et conglomérats financiers doivent disposer d'un organe de révision externe indépendant (*art. 3h, al. 1, LB*). Il doit s'agir d'une société de révision reconnue au sens de la LB. La révision des groupes ou des conglomérats ne doit toutefois pas se limiter à un simple examen des livres, mais contrôler également le respect des prescriptions de surveillance. Il peut être nécessaire que la CFB prenne en compte des circonstances concrètes pour déterminer le contenu du rapport de révision, raison pour laquelle le projet lui laisse le soin de régler cette question pour ce qui est des groupes financiers et des conglomérats financiers. En outre, la CFB peut ordonner des contrôles particuliers dans le cadre de la surveillance des groupes ou des conglomérats et, le cas échéant, charger des tiers qualifiés de les effectuer (*art. 3h, al. 2, LB*). On a renoncé pour le moment à une adaptation des prescriptions du chap. IX de la LB «*Contrôle et révision*», en particulier parce que des travaux sont déjà en cours en vue d'élaborer des propositions générales d'aménagement du système de révision.

Une surveillance efficace des groupes ou des conglomérats n'est possible que lorsque les entreprises qui forment le groupe financier ou le conglomérat financier sont tenues et capables de fournir aux autorités de surveillance toutes les informations nécessaires à l'exercice de la surveillance des groupes (*art. 3h, al. 3 LB*). Le devoir d'information ne se limite pas aux sociétés suisses du groupe ou du conglomérat, mais s'étend par principe également aux entreprises étrangères du groupe ou du conglomérat.

Art. 3bis al. 1bis Modification relative à l'autorisation des banques en mains étrangères faisant partie d'un groupe financier

Avec la nouvelle formulation choisie à l'art. 3b, al. 1, LB, la réglementation valable jusqu'à maintenant uniquement pour les banques en mains étrangères est généralisée. Selon le nouveau droit, chaque banque appartenant à un groupe financier doit démontrer qu'une surveillance consolidée adéquate est exercée sur l'ensemble du groupe.

Demeure la deuxième partie de l'ancien *art. 3bis, al. 1bis*, LB autorisant la CFB à subordonner l'octroi de l'autorisation à l'accord des autorités étrangères dans le cas d'un groupe (et, dorénavant, aussi d'un conglomérat financier) dont l'activité s'étend par-delà les frontières. Cela permet comme jusqu'à présent d'empêcher qu'un groupe financier ou un conglomérat financier ne soit actif en Suisse contre la volonté d'une autorité étrangère déterminante quant à la surveillance. La CFB pourrait encore à l'avenir refuser l'octroi d'une autorisation, malgré la réalisation des autres conditions, en se fondant sur le désaccord des autorités étrangères principalement compétentes pour la surveillance du groupe ou du conglomérat.

Dispositions transitoires

Seuls les groupes financiers et les conglomérats financiers qui n'exploitent pas de banques en Suisse et qui n'y disposent pas d'une autorisation de négociant en valeurs mobilières devront s'annoncer spontanément à la CFB. Il n'est pas à exclure de tels groupes financiers ou conglomérats financiers soient jusqu'à présent inconnus de l'autorité de surveillance. Pour les autres, la CFB entreprendra d'office les dé-

marchés nécessaires. Les sociétés de révision reconnues pourront également être chargées, dans le cadre de leurs activités, de reconnaître les cas où des mesures doivent être prises concernant des groupes financiers ou des conglomérats financiers et d'annoncer ces faits à la CFB.

En harmonie avec le projet de révision de la LSA, a été prévu un délai de transition de deux ans a été prévu. Même si dans les faits tous les groupes financiers et tous les conglomérats financiers importants exerçant en priorité une activité bancaire et actifs en Suisse sont déjà soumis à une surveillance consolidée, l'expérience a montré, lors de l'introduction de la LBVM, que les ressources de l'autorité de surveillance sont insuffisantes pour mener à terme les procédures nécessaires dans un délai plus court. Le troisième alinéa permet en outre de prolonger le délai d'adaptation pour autant que la requête soit suffisamment motivée.

2.1.3.5.3 Modifications de la loi sur les bourses

Comme exposé en introduction, la LBVM ne reprend la formulation proposée pour la LB que par renvois. D'une part, cela permet d'éviter d'inutiles redites et d'autre part, de donner trop de poids aux divergences de définition du groupe financier selon la LB et la LBVM. En effet, sous le même terme ces deux lois entendent deux notions légèrement différentes: selon la LB, le groupe financier doit obligatoirement comprendre une banque, alors que selon la LBVM c'est la présence d'un négociant qui est déterminante.

L'*art. 10, al. 5, LBVM* qui est pratiquement identique à l'*art. 3^{bis}, al. 1^{bis} LB* renvoie de façon générale aux dispositions de la LB relatives à l'octroi des autorisations. Le projet propose finalement de réviser l'*art. 14 LBVM* en le restreignant à un renvoi aux dispositions correspondantes de la LB. Le maintien sous sa forme actuelle dans cet article de l'unique référence à la consolidation faite jusqu'ici à l'échelon de la loi serait trompeur, vu que les prescriptions proposées concernant les groupes et les conglomérats vont au-delà des prescriptions relatives aux fonds propres et à la répartition des risques.

2.1.3.5.4 Procédure de consultation auprès d'un cercle restreint d'intéressés

Entre le 13 juillet et le 15 septembre 2001, la CFB a mené auprès des associations directement concernées et des représentants de l'économie une procédure de consultation de son premier projet du 11 juillet 2001. Comme pour la LSA, des consultations approfondies ont été effectuées durant le printemps et l'été 2002 dans le cadre des travaux de la commission Zimmerli qui ont conduit à plusieurs adaptations du projet.

D'un point de vue systématique et à raison du caractère technique et évolutif de la matière, ni la LB, ni la loi sur les bourses ne se prêtent à une réglementation détaillée, au niveau d'une loi, des règles matérielles de surveillance, comme cela a été proposé par certains intervenants lors de la procédure de consultation. Il est ainsi suffisant de prévoir les règles minimales au niveau légal (garantie d'une activité ir-

réprochable, organisation et gestion des risques, fonds propres, répartition des risques, présentation des comptes et tâches de l'organe de révision externe).

2.1.3.6 Chiffre 8 Loi concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier

2.1.3.6.1 Intermédiation d'assurance

Par son art. 12, en relation avec l'art. 2, al. 2, let. c, la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent, LBA; RS 955.0) soumet à la surveillance de l'autorité de surveillance des assurances le contrôle des mesures prises pour lutter contre le blanchiment d'argent par les entreprises d'assurance qui exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie. Cet assujettissement a pour objectif d'éviter les doubles surveillances et il paraît qu'il est plus opportun de confier la surveillance selon la LBA à l'autorité de surveillance des assurances qui, de par la loi, surveille de toute façon les entreprises d'assurance. Le projet de nouvelle loi de surveillance introduit un assujettissement des intermédiaires d'assurance à la surveillance des assurances. Les intermédiaires sont aussi susceptibles d'accomplir des actes relevant du blanchiment d'argent et devaient, jusqu'ici, se soumettre directement à l'autorité de contrôle de la lutte contre le blanchiment d'argent. Comme pour les entreprises exerçant une activité en matière d'assurance sur la vie, il est judicieux de confier également à l'autorité de surveillance instituée par la loi spéciale, c'est-à-dire à l'autorité de surveillance des assurances, le contrôle des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent.

2.1.3.6.2 Distribution de parts de fonds de placement

2.1.3.6.2.1 Non-assujettissement des distributeurs

L'assujettissement de l'activité de distributeur à la loi sur le blanchiment est abrogé en raison de l'absence de risque de blanchiment lié à cette activité. Aux termes de l'art. 2, al. 3, 1^{re} phrase, LBA, sont en principe réputés intermédiaires financiers du secteur non-bancaire les personnes «qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers». En ce qui concerne le conseil en placement et la gestion de fortune, l'assujettissement à la LBA ne se justifie par conséquent que dans l'hypothèse où l'intermédiaire financier potentiel effectue des placements ou dispose de valeurs patrimoniales appartenant à un client sur la base d'une procuration établie par ce dernier (cf. art. 2, al. 3, let. e et f, LBA; FF 1996 III 1074 s.). L'une des conditions pour recevoir l'autorisation en tant que distributeur est cependant la conclusion d'un contrat écrit de distribution avec la direction du fonds de placement ainsi que la banque dépositaire, ou avec le représentant d'un fonds de placement étranger, qui lui «... interdit formellement d'accepter des fonds en vue d'acquérir des parts» (cf. art. 22, al. 1, let. f, de l'ordonnance du Conseil fédéral du 19 avril 1994 sur les fonds de placement (ordonnance sur les fonds de placement, OFP; RS 951.311.1). Étant donné que les distributeurs de fonds de placement n'acceptent par conséquent pas de

valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ni ne disposent de procurations, l'abrogation de l'art. 2, al. 3, let. d, LBA se justifie pleinement du fait que l'activité de distributeur n'entraîne pas de risque de blanchiment.

2.1.3.6.2.2 Création d'une base légale pour l'assujettissement de sociétés d'un groupe sous la surveillance d'une autorité instituée par une loi spéciale

La modification de l'art. 13 LBA vise à créer une base légale claire permettant, dans le cas de sociétés exerçant des activités selon l'art. 2, al. 3, LBA et appartenant à un groupe soumis à la surveillance d'une autorité de surveillance instituée par une loi spéciale, que la surveillance du respect des obligations instituées par la loi sur le blanchiment soit exercée par la même autorité de surveillance (instituée par une loi spéciale). Aujourd'hui déjà, le champ d'application des directives de la Commission fédérale des banques relatives à la lutte contre le blanchiment²⁷ s'étend aux filiales suisses de banques et de négociants en valeurs mobilières lorsqu'elles ne font pas l'objet d'une surveillance instituée par une loi spéciale conformément à l'art. 2, al. 2, LBA mais qui exercent une activité financière au sens de l'art. 2, al. 3, LBA²⁸. Cette disposition, qui a pour but de garantir que des standards équivalents de lutte contre le blanchiment sont appliqués au niveau d'un groupe, est reprise dans la nouvelle ordonnance de la CFB sur le blanchiment d'argent²⁹, laquelle entre en vigueur le 1^{er} juillet 2003 et remplace les directives susmentionnées. La réglementation de l'art. 13, al. 2, P-LBA doit éviter des doublons entre la surveillance instituée par des lois spéciales, en particulier celle de la Commission fédérale des banques, et la surveillance exercée par l'autorité de contrôle. Elle doit en outre permettre une surveillance consolidée uniforme en matière de lutte contre le blanchiment sur l'ensemble d'un groupe financier, également lorsque ce groupe est constitué de sociétés qui ne sont pas soumises à une surveillance instituée par une loi spéciale.

L'assujettissement à une surveillance instituée par une loi spéciale n'est pas obligatoire. Elle n'est par ailleurs ouverte qu'aux intermédiaires financiers selon l'art. 2, al. 3, LBA qui appartiennent à un groupe soumis à une surveillance instituée par une loi spéciale (art. 13, al. 3, let. a). Afin d'assurer une égalité de traitement entre les intermédiaires financiers qui sont soumis à la surveillance d'une autorité instituée par une loi spéciale et ceux qui exercent une même activité mais qui sont soumis à la surveillance de l'autorité de contrôle, l'art. 13, al. 2, let. b, P-LBA requiert que l'intermédiaire financier satisfasse aux conditions de l'art. 14, al. 2, LBA. L'art. 13, al. 2, let. c, P-LBA doit garantir que l'autorité de surveillance instituée par une loi spéciale reçoit de la société membre du groupe tous les documents et renseignements dont elle a besoin pour accomplir sa tâche (cf. art. 19 LBA). Le groupe est tenu de contrôler le respect, par les sociétés membres du groupe, des obligations découlant de la loi sur le blanchiment et d'en assurer l'application (art. 13, al. 2, let. d).

²⁷ Circulaire 98/1: Directives relatives à la prévention et à la lutte contre le blanchiment de capitaux du 26 mars 1998.

²⁸ Circulaire 98/1 note marg. 5.

²⁹ Cf. art. 2, al. 2, de l'ordonnance de la Commission fédérale des banques en matière de lutte contre le blanchiment, d'argent, du 18 décembre 2002, RS **955.022**.

2.2 Loi sur le contrat d'assurance

2.2.1 Généralités

En ce qui concerne l'étendue de la révision, voir au ch. 1.2.5.2 du présent message.

2.2.2 Commentaire des dispositions du projet

Art. 3 Devoir d'information de l'assureur

Le nouvel *art. 3* oblige l'assureur à renseigner le preneur d'assurance sur son identité et sur le contenu principal du contrat avant la conclusion de celui-ci. Il est vrai que la loi ne définit pas actuellement ce qu'il faut entendre par contenu principal du contrat mais la doctrine (Willy Koenig, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., 1967, p. 68; Alfred Maurer, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., 1995, p. 245, 274, 288) comme la jurisprudence considèrent comme essentiels pour le contrat d'assurance la prestation due en cas de survenance d'un événement assuré, la prime, le risque assuré, les objets protégés par la couverture d'assurance et la durée du contrat (début et fin).

L'information précontractuelle fournie librement par les assureurs va en général déjà au-delà des seuls points essentiels du contrat à conclure. La réalisation du postulat de l'euro-compatibilité implique cependant que les devoirs d'information de l'assureur soient inscrits dans la loi. Pour ce qui est plus particulièrement de l'information relative au prix de la prestation de services que constitue l'assurance, la nécessité d'une réglementation découle également de l'évolution du droit suisse en matière d'indication des prix; si le Conseil fédéral a renoncé jusqu'ici à réglementer le domaine de l'assurance dans l'ordonnance sur l'indication des prix³⁰, c'est pour tenir compte de son intention de régler cette matière dans le cadre de la modification du droit du contrat d'assurance qu'il propose dans le présent message.

L'*art. 3* ne contient pas de catalogue exhaustif des informations à fournir mais délègue au Conseil fédéral la compétence de définir en détail le contenu du devoir d'information. Il faudra prévoir surtout des informations concernant le droit applicable, le for de juridiction, les conséquences de la violation d'obligations précontractuelles ou contractuelles ou les cas de fin anticipée du contrat. L'assureur devra aussi renseigner sur les droits de résiliation et leurs conséquences financières ainsi que sur les bases de calcul et les modalités de la participation aux excédents, sur les valeurs de rachat et de réduction (*art. 3, al. 1, let e*). Le devoir d'information vaut également pour les contrats relevant du domaine de la prévoyance professionnelle (*art. 3, al. 3*). Dans ce domaine, il convient notamment d'adopter des mesures afin que les travailleurs assurés soient renseignés sur les modifications importantes des contrats, en particulier sur la résiliation du contrat d'assurance entre l'institution de prévoyance et l'entreprise d'assurance sur la vie ou sa suspension par l'entreprise d'assurance sur la vie en raison de la demeure de l'institution de prévoyance pour le paiement des primes.

³⁰ RS 942.211

On peut également songer à des informations sur les modes de calcul des tarifs, lorsque les primes peuvent être modifiées unilatéralement en cours de contrat, et des indices retenus, dans le cas de contrats à primes et/ou prestations variables. Les informations relatives à la nature et à l'étendue des liens entretenus par les intermédiaires avec des entreprises d'assurance (cf. *art. 41, al. 1*, du projet de LSA) sont aussi des informations précontractuelles au sens de la loi.

Du point de vue de la protection des données, le manque de transparence de leur traitement est l'un des problèmes principaux de l'assurance privée pour les preneurs d'assurance. La transparence doit toutefois être vérifiable. Dans le cas d'une information uniquement orale, qui ouvre en outre toutes les portes aux abus, ce ne serait pas le cas. C'est pourquoi le projet prévoit que le preneur d'assurance doit recevoir avant la conclusion du contrat une déclaration indiquant comment l'entreprise d'assurance traite les données personnelles et pouvant être transmise aussi aux bénéficiaires qui ne seraient pas eux-mêmes les preneurs d'assurance.

Le futur preneur doit pouvoir prendre connaissance de toutes les informations prescrites avant la conclusion du contrat. En général, l'entreprise d'assurance remet un document correspondant au preneur d'assurance. Le projet n'exclut cependant pas la transmission électronique de ce document que le destinataire imprime lui-même, lui donnant ainsi une forme physique. Mais le projet d'art. 3 n'empêche pas de conclure aussi des contrats selon des modalités différentes de celles que l'on a généralement rencontrées jusqu'ici (une acceptation par l'assureur d'une proposition présentée par le futur preneur et liant ce dernier). Toutefois le projet n'ouvre pas la porte à n'importe quel mode de conclusion. C'est ainsi par exemple qu'il ne doit pas être possible de conclure un contrat dans le cadre d'une simple conversation téléphonique, sans contact préalable entre les intéressés.

Art. 3a Violation du devoir d'information

Le devoir d'information de l'assureur découlant de l'art. 3 du projet fait pendant au devoir de renseigner l'assureur de façon complète et correcte incombant au proposant (art. 6 LCA). Il est donc logique que la violation par l'assureur de son devoir d'information entraîne des sanctions sur le plan du droit privé, comme c'est déjà le cas pour la réticence.

Dans l'*art. 3a*, on renonce à prévoir la nullité du contrat en cas de violation par l'assureur de son devoir d'information. Par contre, le preneur d'assurance doit avoir la possibilité de résilier le contrat. Le projet prévoit une limitation dans le temps de ce droit qui ne peut être exercé au-delà de quatre semaines après que le preneur ait eu connaissance de la violation du devoir d'information de l'assureur, toutefois au plus tard deux ans après la conclusion du contrat.

Art. 6 et 8

La notion de réticence correspond à celle du droit en vigueur.

S'il entend résilier le contrat en raison d'une réticence, l'assureur doit le faire par écrit dans un délai de quatre semaines après qu'il en ait eu connaissance (*art. 6, al. 1 et 2*). Si le contrat prend fin suite à un cas de réticence, l'assureur n'est libéré de son obligation d'accorder sa prestation que pour les sinistres dont la survenance ou l'étendue ont été influencées par le fait qui a fait l'objet de la réticence. Ainsi,

l'obligation de l'assureur d'octroyer sa prestation subsiste si le fait non déclaré ou inexactement déclaré n'a pas exercé d'influence sur la survenance du sinistre et l'étendue des prestations dues par l'assureur. Dans les autres cas, l'obligation d'octroyer des prestations tombe et l'assureur a droit à leur remboursement s'il les a déjà accordées (lien de causalité [art. 6, al. 3]; voir aussi ch. 1.2.5.2.1)

L'adaptation de l'art. 8 LCA est la conséquence de la modification de l'art. 6 (voir ch. 1.2.5.2.1 ci-dessus).

Art. 24 Divisibilité de la prime

L'actuel art. 24 LCA consacre le principe dit de l'*indivisibilité* de la prime selon lequel, sauf disposition contraire du contrat d'assurance ou de la loi, «*la prime convenue pour la période d'assurance courante est due en entier même si l'assureur n'a couvert le risque que pendant une partie de ce temps*».

Le principe de l'indivisibilité de la prime a été justifié, à son origine, notamment par le fait qu'un sinistre peut survenir en tout temps au cours de la période d'assurance et que de ce fait l'assureur doit pouvoir disposer de l'intégralité de la prime durant toute cette période. La doctrine considère depuis longtemps que cette argumentation est discutable et que le principe de l'indivisibilité de la prime n'a pas un caractère absolu mais repose sur certaines considérations d'ordre purement pratique. (Concernant les critiques les plus récentes du principe de l'indivisibilité de la prime, voir aux ch. 1.1.2.1 et 1.1.2.2 du présent message.)

Le projet de révision de la LCA tient compte des critiques émises et consacre le principe de la *divisibilité* de la prime lorsque le contrat est résilié ou prend fin avant son échéance. La seule exception est celle prévue à l'art. 42, al. 3, du projet.

Ce renversement de principe entraîne l'abrogation des art. 25 à 27 de la LCA actuelle.

Art. 34

L'art. 34 traite de la responsabilité de l'assureur pour ses agents. La disposition actuelle fonde la distinction opérée entre les agents dits négociateurs et ceux dits stipulateurs. Cette distinction est parfois une source d'insécurité pour le preneur d'assurance quant à la portée des pourparlers qu'il mène avec l'intermédiaire. Le texte proposé a notamment pour effet de supprimer la distinction dont il est question ci-dessus. Le terme «intermédiaire» doit être compris dans le sens qu'il a dans le projet de LSA (art. 38).

L'al. 2 de l'actuel art. 34 qui prévoit que l'agent «*n'a le pouvoir de modifier les conditions générales de l'assurance ni au profit ni au préjudice du preneur*» peut être supprimé. En effet, en vertu du projet de nouvel art. 34 LCA, les actes de l'agent engagent toujours les entreprises d'assurance qu'ils représentent.

Art. 42, al. 2 et 3

L'introduction du principe de la divisibilité de la prime rend superflue une disposition sur le sort de la prime en cas de résiliation du contrat consécutivement à un dommage partiel (al. 2).

L'al. 3 définit le seul cas dans lequel le preneur ne peut pas faire valoir de droit au remboursement d'une part de prime lorsqu'il résilie le contrat avant son échéance. Il paraîtrait choquant qu'après avoir supporté les coûts de l'acquisition, de l'évaluation du risque et de l'établissement de la police, l'assureur doive restituer, en raison d'une résiliation intervenue dès la première année, une part importante de la première prime qui est affectée dans une large mesure à la couverture de ces frais. Dans les al. 2 et 3 révisés de l'art. 42, il est question (ce qui est terminologiquement correct) d'une résiliation du contrat et non plus d'un droit de se départir du contrat. Etant donné que l'on est en présence d'une révision partielle ne portant que sur les modifications indispensables, on renonce à une adaptation terminologique des autres dispositions.

Art. 46a

a. Les règles relatives au *lieu d'exécution* d'un contrat d'assurance qui figuraient dans la LSA dans un chapitre intitulé «Lieu d'exécution, for judiciaire et for de la poursuite» ont été partiellement transférées dans la LCA lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2001, de la loi du 24 mars 2000 sur les fors (RS 272). La proposition de modification de l'art. 46a LCA vise à intégrer maintenant dans la LCA la totalité des règles relatives au lieu d'exécution.

b. Depuis le 1^{er} janvier 2001, les règles en matière de *for* pour les litiges concernant les contrats d'assurance ne figurent plus dans le droit de surveillance des assurances, mais dans la loi sur les fors (voir chap. 5 «Lieu d'exécution, for judiciaire et for de la poursuite» [RS 961.01] dans la version avant l'entrée en vigueur de la loi sur les fors). Vu l'importance que cette question continuera à avoir dans les relations entre entreprises d'assurance et assurés, il paraît utile de reprendre ci-après les principaux passages à ce sujet figurant dans le message du Conseil fédéral du 18 novembre 1998 (Message dans FF 1999 2591 ss., ch. 245 ad art. 23 du projet de loi sur les fors [art. 22 de la loi] intitulé «Contrats conclus avec des consommateurs»):

«Le présent projet prévoit un for applicable de manière uniforme à tous les litiges concernant les contrats conclus avec des consommateurs. Ce nouveau forum non seulement simplifie grandement le droit des fors dans le domaine de la consommation qui, aujourd'hui, manque beaucoup de clarté, mais aussi renforce matériellement la protection des consommateurs.»

Selon l'al. 1, c'est en fonction du rôle des parties que se détermine d'abord la compétence à raison du lieu pour les litiges opposant les fournisseurs et les consommateurs:

- *si le consommateur occupe la position de demandeur, il peut choisir de porter son action devant le tribunal de son propre domicile ou du domicile ou siège du fournisseur défendeur (let. a). (...)*
- *l'action du fournisseur, en revanche, doit être intentée au domicile du consommateur défendeur (let. b); (...)*

(...) Mais aussi les contestations relatives aux contrats d'assurance peuvent être considérées comme des affaires touchant les consommateurs (...). Il n'est par conséquent pas nécessaire de formuler une règle sur le for qui soit propre au domaine des assurances – même dans l'optique du procès civil à caractère social – comme l'avait encore fait l'avant-projet par analogie avec le droit international européen

(...). La LDIP ne s'occupe pas non plus spécialement des affaires d'assurance parce que, dans les rapports internationaux en général, les fors adéquats découlant de l'art. 112 LDIP (domicile du défendeur, succursale suisse d'un assureur étranger) et 114 LDIP (fors des consommateurs) s'appliquent aussi dans ces affaires.

Peuvent être considérés comme consommateurs dans ce domaine non seulement le preneur d'assurance lui-même, mais aussi l'assuré ou le bénéficiaire (comme dans l'art. 11, al. 1, Conv-Lug). Toutes les personnes auxquelles le contrat d'assurance impose des obligations ou confère des droits sont aussi des adversaires potentiels de l'assureur. Les ayants cause sont aussi pris en considération. Dans le droit interne en vigueur, on parle uniquement de l'«assuré» pour désigner la contre-partie de l'assureur (cf. art. 28 de la loi sur la surveillance des assurances [LSA]); cette notion est cependant interprétée de manière large.

Grâce à ce nouveau «for des consommateurs», (...), l'art. 28 de la loi sur la surveillance des assurances et l'art. 46a de la loi fédérale sur le contrat d'assurance peuvent être abrogés ou modifiés (...); on n'a plus besoin non plus du for spécial de la situation de l'objet pour les actions découlant de l'assurance incendie (art. 28, al. 3, LSA), puisqu'il résulte déjà d'autres dispositions de la loi (p. ex. de l'art. 20 pour les immeubles). L'art. 29 LSA peut en même temps être abrogé car, sur le plan international, la LDIP et la Convention de Lugano garantissent une protection efficace à la personne de l'assuré: le for international et le lieu de la poursuite au lieu de la succursale suisse de l'assureur étranger sont déjà prévus par l'art. 112, al. 2, LDIP ou par l'art. 50, al. 1, LP.»

Art. 54

L'actuel art. 54 LCA prévoit que si l'objet du contrat d'assurance change de propriétaire, les droits et les obligations qui découlent du contrat passent en principe à l'acquéreur. En outre, l'assureur dispose d'un droit de résiliation du contrat lorsqu'il prend connaissance de la mutation.

Cette règle a été remise en question aussi bien par la Commission des cartels que par la motion Vollmer (voir ch. 1.1.2.1 et 1.1.2.2 ci-dessus).

Lors de la consultation, les participants se sont exprimés tant en faveur du maintien du transfert automatique du contrat à l'acquéreur, assorti de possibilités de résiliation, qu'en faveur de l'extinction du contrat en cas de transfert de propriété.

L'art. 54 LCA, qui ne fait pas de distinction entre le transfert de propriété d'immeubles et celui de biens mobiliers, a donné lieu dans le passé à des critiques surtout en raison du sort des parts de primes déjà payées lorsque le contrat prend fin (consécutivement à un changement de propriétaire, ou de détenteur dans l'assurance des véhicules automobiles). L'abandon du principe de l'indivisibilité de la prime permet de répondre en partie à ces critiques mais n'élimine pas toutes les difficultés pratiques que peut provoquer un transfert automatique des contrats.

C'est pourquoi, l'art. 54 du projet prévoit que le contrat d'assurance prend fin lorsque l'objet d'un contrat d'assurance change de propriétaire; le principe de la divisibilité de la prime prévu à l'art. 24 est alors applicable.

Contrairement à ce qui est prévu par l'art. 54 LCA, la loi sur la circulation routière (RS 741.01) ne lie pas le contrat d'assurance à la propriété mais à la qualité de détenteur d'un véhicule. C'est pourquoi, l'art. 67, al. 1, LCR n'est pas modifié et pré-

vaut sur l'art. 54 en tant que *lex specialis* et le contrat d'assurance est transféré automatiquement au nouveau détenteur, avec tous les droits et obligations qui lui sont attachés. Comme jusqu'ici, le nouveau détenteur peut mettre fin à ce contrat si, au moyen d'une nouvelle attestation d'assurance, il démontre à l'autorité qui délivre le permis de circulation qu'il a conclu un contrat avec un autre assureur. L'ancien assureur est autorisé à résilier le contrat dans les quatorze jours dès le moment où il a eu connaissance du changement de détenteur (art. 67, al. 2, LCR). De la sorte, les prétentions d'éventuels lésés envers un assureur sont garanties également lorsque le changement de détenteur n'est pas signalé. En vertu du nouvel art. 24 LCA, la prime n'est due que jusqu'à la fin du contrat également dans l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles.

Art. 55, al. 1

L'art. 55, al. 1, LCA déclare que les règles relatives au changement de propriétaire de l'art. 54 sont applicables en cas de faillite du preneur d'assurance et que la masse lui succède dans le contrat.

Compte tenu du changement prévu pour l'art. 54, il est logique de prévoir que le contrat prend fin également lorsque le preneur est en faillite et de modifier dans ce sens l'al. 1 de l'art. 55, la réserve de l'art. 55, al. 2, concernant les biens insaisissables étant maintenue.

Art. 89a

La phrase introductive de cette disposition se réfère à l'art. 9 de la loi sur l'assurance-vie (LassV) qui doit être abrogée dans le cadre de la révision de la LSA. L'art. 9 a été introduit dans le cadre du projet législatif «Swisslex» consécutif au refus d'adhésion à l'Espace économique européen; il se fonde, conformément au stade d'alors de la législation de l'UE, sur la Deuxième directive vie prévoyant une libre prestation de services limitée aux contrats conclus à l'initiative du preneur d'assurance. Comme on le sait, aucun accord correspondant n'a été conclu jusqu'ici avec l'UE, de sorte que l'art. 89a, qui permet au preneur d'assurance de se départir également du contrat conclu en prestation de services transfrontière, est demeuré lettre morte. L'accord Suisse - CEE du 10 octobre 1989³¹ ne vaut que pour l'assurance dommages et ne constitue qu'un accord d'établissement au stade de la Première directive dommages. Dans l'intervalle, les Troisième directives pour l'assurance, prévoyant une libre prestation de services étendue, sont entrées en vigueur; elles ne sont pas couvertes par la référence à l'art. 9 LassV. L'accord d'assurance conclu avec la Principauté de Liechtenstein repose sur ces dernières directives. La proposition qui est faite de supprimer la référence à l'art. 9 LassV devenue obsolète étend le champ d'application de l'art. 89a à tous les contrats conclus en libre prestation de services, c'est-à-dire, actuellement, les contrats d'assurance-vie conclus avec des assureurs du Liechtenstein.

³¹ Accord du 10.10.1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (RS 0.961.1).

Art. 94a

Comme l'art. 89a, cette disposition renvoie à la LassV, dans ce cas aux art. 12 et 13 qui réglementent expressément la conclusion, à l'initiative du preneur d'assurance, de contrats d'assurance-vie en prestation de services transfrontière avec des entreprises d'assurance ayant leur siège dans un «*Etat contractant*»; l'art. 3 LAssV définit ce qu'est un Etat contractant. Ici aussi, le renvoi devient obsolète à la suite de l'abrogation de la LAssV. Cependant, au contraire de l'art. 89a, l'art. 94a n'accorde pas des droits au preneur d'assurance mais le prive de certains d'entre eux: il déclare en effet les art. 90 à 94 (impératifs) inapplicables lorsqu'un contrat d'assurance sur la vie a été conclu en prestation de services transfrontière. Pour le preneur d'assurance, cela signifie notamment la suppression du droit d'exiger la réduction et le rachat du contrat et la suppression de la possibilité de faire vérifier les valeurs de réduction et de rachat par l'autorité de surveillance. Les raisons de ce désavantage pour le preneur d'assurance en Suisse qui a conclu un contrat d'assurance en libre prestation de services ne sont pas claires. La raison devrait résider dans les difficultés de vérification des valeurs de réduction et de rachat que l'on a entrevues en raison de l'absence des bases de calcul des tarifs. Les expériences réalisées jusqu'ici avec l'autorité de surveillance de la Principauté de Liechtenstein, qui ne procède pas elle-même à des vérifications des valeurs de réduction et de rachat, ont montré que la collaboration entre autorités de surveillance offre des solutions. Par l'abrogation de l'art. 94a, les art. 90 à 94 doivent de nouveau être applicables aux contrats d'assurance conclus en prestation de services transfrontière.

Art. 97

Les art. 24 (Divisibilité de la prime) et 46a (Lieu d'exécution) sont ajoutés à la liste des prescriptions qui ne peuvent pas être modifiées par convention (dispositions absolument impératives).

Art. 98

Les articles suivants du projet sont ajoutés au nombre des prescriptions qui ne peuvent pas être modifiées par convention au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit: 3 (Devoir d'information de l'assureur), 3a (Violation du devoir d'information) et 54 (Changement de propriétaire). Est également ajouté l'art. 89 (Droit du preneur de se départir du contrat).

Les art. 25 et 26, 2^e phrase, abrogés par le projet, ne figurent plus dans la liste de l'art. 98, al. 1.

Art. 100, al. 2

Le renvoi que contient l'art. 100, al. 2, s'avère aujourd'hui comme étant manifestement incomplet. Il donne certes aux preneurs et aux assurés réputés chômeurs le droit de passage d'un contrat collectif d'assurance à un contrat individuel. Etant donné que cette disposition ne contient pas de renvoi à l'art. 71, al. 2, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10), l'assuré ne bénéficie pas expressément du droit à l'information lié au droit de passage (conséquences de l'omission de l'information, délai pour faire valoir le droit de passage). Il paraît dès lors judicieux de compléter l'art. 100, al. 2, par un renvoi à l'art. 71, al. 2, LAMal.

Art. 101, al. 1, ch. 2

La modification de cette disposition découle de la nouvelle formulation des exceptions à la surveillance dans l'*art. 2* du projet de nouvelle LSA (voir ch. 2.1.2 du présent message), d'une part et de la suppression de la surveillance simplifiée, d'autre part. Dans «l'exception de l'exception» de la deuxième phrase, l'on vise dans une forme abstraite l'assurance-maladie complémentaire gérée, sous la surveillance de l'autorité de surveillance de l'autorité de surveillance des assurances, par des caisses-maladie "reconnues", c'est-à-dire subordonnées à l'Office fédéral des assurances sociales.

Art. 101a à 101c

Les art. 101a, 101b et 101c qui sont, comme les art. 89a et 94a, l'émanation des projets de lois Eurolex établis dans la perspective d'une entrée dans l'EEE ont été repris ensuite dans le droit positif dans le cadre du projet législatif Swisslex. Une adaptation formelle des art. 101b et 101c qui contiennent des renvois à la LAssV et à la LAD est également nécessaire en raison de l'abrogation de ces deux lois.

Aucune modification n'est nécessaire pour l'art. 101a. En effet, cette disposition décrit, indépendamment de la LAssV et de façon abstraite, la libre prestation de services transfrontière dans le cadre d'un accord de droit international conclu sur une base de réciprocité.

Indépendamment d'une adaptation formelle, l'art. 101b doit être complété sur deux points. Dans la phrase introductive de l'al. 1 il est question, avec une référence à la LAD, du lieu de situation du risque; la définition correspondante (art. 2a, al. 3, LAD) est reprise dans le nouvel al. 5 de l'art. 101b. Il en est de même de la notion de grands risques qui figure dans l'al. 1, let. f; la définition (art. 2a, al. 6, LAD) est introduite dans le nouvel al. 6 de l'art. 101b.

L'art. 101c, al. 1, 1^{re} phrase, doit être adapté formellement. Selon la nouvelle rédaction, le champ d'application de cette disposition n'est plus, comme jusqu'ici, limité aux contrats d'assurance qui sont conclus en libre prestation de services transfrontière à l'initiative du preneur d'assurance (comme dans la Deuxième directive assurance vie³². Cette restriction a été supprimée dans l'UE par l'entrée en vigueur de la Troisième directive assurance vie³³. C'est pourquoi, avec l'extension du champ d'application à tous les contrats conclus en libre prestation de services transfrontière, les contrats d'assurance-vie conclus avec des assureurs de la Principauté de Liechtenstein sont désormais aussi touchés (voir aussi ci-dessus le commentaire des art. 89a et 94a du projet de modification de la LCA).

³² Art. 13 de la Deuxième directive du Conseil, du 8.11.1990 (90/619/CEE), JO n° L 330 du 29.11.1990, p. 50.

³³ Art. 37 de la Troisième directive du Conseil, du 10.11.1992 (92/96/CEE), JO n° L 360 du 9.12.1992, p. 1.

3 Conséquences

3.1 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

3.1.1 Conséquences pour la Confédération

Le passage du contrôle préalable des produits à des contrôles par sondages a posteriori, la surveillance du respect du plan d'exploitation approuvé, les tâches nouvelles (concernant l'actuaire responsable, la surveillance des groupes et des conglomérats, les intermédiaires, le respect des devoirs d'information, etc.) nécessiteront une augmentation du personnel dont l'importance peut être difficilement estimée actuellement. Le nouveau contrôle de la solvabilité reposant sur les risques encourus implique un engagement accru de spécialistes dans le domaine de la gestion des risques financiers et opérationnels et des risques inhérents aux différents modèles de financement et de refinancement. L'on doit s'attendre à ce qu'il ne soit pas possible de s'attacher les services de tels spécialistes sans les rétribuer selon les normes ayant cours dans l'économie privée et qui sortent fortement de l'échelle des salaires de l'administration fédérale. Le droit en vigueur permet déjà l'engagement de tels collaborateurs (art. 51a de l'ordonnance sur la surveillance; RS 961.05). Quoi qu'il en soit, il n'y a toutefois pas lieu de s'attendre à une augmentation des coûts nets pour la Confédération, étant donné que les frais de la surveillance sont couverts par des redevances perçues auprès des entreprises d'assurance et des intermédiaires soumis à cette surveillance.

3.1.2 Conséquences pour les cantons et les communes

La surveillance des assurances est exercée par la Confédération et ses coûts sont couverts par des redevances prélevées auprès des entreprises et des intermédiaires soumis à la surveillance. Les modifications du droit du contrat d'assurance concernent le droit privé et ne nécessitent donc pas d'activité étatique. Pour les cantons et les communes, le projet n'aura pas de répercussions.

3.2 Conséquences économiques des projets

Selon les directives du Conseil fédéral du 15 septembre 1999 sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux³⁴, les projets doivent être examinés selon les points suivants:

3.2.1 Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat

En donnant à la Confédération la compétence législative en matière d'assurances privées, la Constitution lui donne également la compétence de surveillance³⁵. Les

³⁴ FF 2000 986

³⁵ Cf. FF 1997 I 1 (Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale).

raisons justifiant le maintien de la surveillance par l'Etat invoquées dans le message du 5 mai 1976 concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées³⁶ demeurent; la surveillance étatique est légitimée surtout par l'importance économique du secteur de l'assurance privée et par la nécessité de sauvegarder les intérêts des assurés.

Le projet de révision de la LCA est lié aussi bien à la révision du droit de surveillance qu'à des interventions politiques (voir ch. 1.2.5.2 ci-dessus).

3.2.2 Impact du projet sur les différents groupes de la société

Ni le projet de loi de surveillance, ni celui de révision de la LCA n'entraînent de modifications sensibles des coûts incombant aux entreprises d'assurance. La fonction de l'actuaire responsable prévue expressément dans le projet correspond à une fonction qui existe déjà dans la plupart des entreprises d'assurance. En ce qui concerne les intermédiaires d'assurance, l'introduction d'une surveillance couplée à un régime d'enregistrement n'entraînera en principe que les coûts administratifs liés à cet enregistrement; les autres exigences, qui concernent surtout la qualification professionnelle des intermédiaires, visent au maintien de la qualité des conseils dont les consommateurs peuvent bénéficier.

3.2.3 Implications pour l'économie dans son ensemble

Le nouveau droit de surveillance, pas plus que la révision de la LCA, ne devraient entraîner de changements fondamentaux du comportement des intéressés, compte tenu du cadre relativement limité des modifications législatives proposées. L'adoption des projets doit permettre de maintenir l'attrait de la place économique qui s'est manifesté ces dernières années par la venue de nombreuses nouvelles entreprises d'assurance sur le marché (le nombre des entreprises d'assurance et de réassurance soumises à la surveillance a passé de 143 à fin 1993 à 180 à fin 2000, auxquelles il convient d'ajouter 57 caisses-maladie surveillées pour l'exploitation de l'assurance-maladie complémentaire).

3.2.4 Autres réglementations entrant en ligne de compte

Selon le projet de révision du droit de surveillance, l'obligation d'autorisation pour les produits d'assurance doit être abandonnée; seuls des contrôles a posteriori sont prévus. Pour divers points du plan d'exploitation également, l'exigence d'une approbation préalable pour certaines modifications fait place à une procédure simplifiée. Il est possible de confier certaines tâches aux organes de révision des entreprises d'assurance; toutefois, le maintien du système de surveillance matérielle qui a toujours caractérisé le droit suisse de surveillance (voir *art. 42* du projet de LSA et

³⁶ FF 1976 II 851

commentaire de l'art. 48) implique que l'essentiel de cette surveillance soit exercé par l'Etat lui-même.

3.2.5 Aspects pratiques de l'exécution

L'un des objectifs principaux de la refonte du droit de surveillance est d'en rendre la compréhension plus aisée, la dispersion de la matière dans plusieurs actes législatifs fréquemment modifiés ces dernières années l'ayant rendue difficile. La révision doit faciliter l'application du droit de surveillance, notamment pour les entreprises directement concernées, et améliorer ainsi la sécurité juridique.

Le projet de nouvelle loi contient en outre les bases permettant la coordination des procédures aux niveaux national et international, notamment en matière de surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats.

4 Programme de législation

La révision du droit de surveillance des entreprises d'assurance privées et la modification de la LCA figuraient dans le programme de la législature 1995–1999 sous le titre «Libéralisation et réorientation de la surveillance des assurances». Cet objet a été reporté à la période 1999–2003 étant donné que les nombreuses divergences dans les opinions exprimées lors de la consultation (cf. ch. 1.2.5 du présent message) ont nécessité un réexamen approfondi des avant-projets. Le projet a été annoncé dans le programme de législation 1999–2003 (FF 2000 2168, ch. A2. 2.2).

5 Rapport avec le droit européen

Le droit en vigueur au sein de l'UE pour le secteur de l'assurance privée comprend les directives et recommandations suivantes:

- * Directive du Conseil, du 25 février 1964, visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (64/225/CEE)³⁷
- * Première directive du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (73/239/CEE)³⁸
- * Directive du Conseil, du 29 juin 1976, modifiant la directive 73/239/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (76/580/CEE)³⁹

³⁷ JO, Edition spéciale 1963/131 du 3.4.1964.

³⁸ JO n° L 228 du 16.8.1973, p. 3.

³⁹ JO n° L 189 du 13.7.1976, p. 3.

- * Directive du Conseil, du 13 décembre 1976, relative à des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités d'agent et de courtier d'assurance (ex groupe 630 C.I.T.I.) et comportant notamment des mesures transitoires pour ces activités (77/92/CEE)⁴⁰
- * Directive du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire (78/473/CEE)⁴¹
- * Première directive du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (79/267/CEE)⁴²
- * Directive du Conseil, du 10 décembre 1984, modifiant, en ce qui concerne notamment l'assistance touristique, la première directive (73/239/CEE) portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (84/641/CEE)⁴³
- * Directive du Conseil, du 22 juin 1987, modifiant, en ce qui concerne l'assurance-crédit et l'assurance-caution, la première directive 73/239/CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (87/343/CEE)⁴⁴
- * Directive du Conseil, du 22 juin 1987, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique (87/344/CEE)⁴⁵
- * Zweite Richtlinie 88/357/EWG des Rates vom 22. Juni 1988⁴⁶ zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) und zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG
- * Deuxième directive du Conseil, du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE (90/619/CEE)⁴⁷
- * Directive du Conseil, du 20 juin 1991, relative à l'application de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse

⁴⁰ JO n° L 26 du 31.1.1977.

⁴¹ JO n° L 151 du 7.6.1978, p.25.

⁴² JO n° L 163 du 13.3.1979, p. 1.

⁴³ JO n° L 339 du 27.9.1984, p. 21.

⁴⁴ JO n° L 185 du 4.7.1987, p. 72.

⁴⁵ JO n° L 185 du 4.7.1987, p. 77.

⁴⁶ ABl. 172 vom 4.7.1988, S. 1.

⁴⁷ JO n° L 330 du 29.11.1990, p. 50.

concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (91/371/CEE)⁴⁸

- * Règlement (CEE) n° 2155 du Conseil, du 20 juin 1991⁴⁹, arrêtant des dispositions particulières pour l'application des art. 37, 39 et 40 de l'accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie
- * Directive du Conseil, du 19 décembre 1991, concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (91/674/CEE)⁵⁰
- Recommandation de la Commission, du 18 décembre 1991, sur les intermédiaires d'assurance (92/48/CEE)⁵¹
- * Directive du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie») (92/49/CEE)⁵²
- * Directive du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie) (92/96/CEE)⁵³
- * Directive du Parlement européen et du Conseil, du 27 octobre 1998, sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance faisant partie d'un groupe d'assurance (98/78/CE)⁵⁴
- * Directive du Parlement européen et du Conseil, du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance (2001/17/CE)⁵⁵
- Directive du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil (2002/87/CEE)⁵⁶
- Directive du Parlement européen et du Conseil, du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (2002/92/CEE)⁵⁷

⁴⁸ JO n° L 205 du 27.7.1991.

⁴⁹ JO n° L 205 du 27.7.1991, p. 1.

⁵⁰ JO n° L 374 du 31.12.1991.

⁵¹ JO n° L 19 du 28.1.1992.

⁵² JO n° L 228 du 11.8.1992, p. 1.

⁵³ JO n° L 360 du 9.12.1992, p. 1.

⁵⁴ JO n° L 330 du 5.12.1998, p. 1.

⁵⁵ JO n° L 110 du 20.4.2001, p. 28.

⁵⁶ JO n° L 35 du 11.2.2003, p. 1.

⁵⁷ JO n° L 9 du 15.1.2003, p. 3.

Les directives signalées par un astérisque ont déjà été prises en considération dans le cadre de l'accord CEE (voir ch. 1.1.1 du présent message) pour ce qui a trait à la liberté d'établissement.

Lors de l'élaboration du projet de nouvelle LSA, il a été tenu compte, dans la mesure compatible avec la pratique de la surveillance en Suisse, des travaux déjà effectués ou en cours au sein de l'UE. L'introduction dans le projet de modification de la LCA d'un devoir d'information pour l'assureur est également inspirée de règles ayant cours au sein de l'UE.

Les projets soumis conduisent à un renforcement du rapprochement du droit suisse et de celui de l'UE, quand bien même ces projets ne comprennent pas un volet essentiel du droit européen, à savoir la libre prestation de services transfrontière dont l'introduction devrait être subordonnée à la conclusion d'accords internationaux – notamment les Bilatérales II – fondés sur la réciprocité des droits et des obligations des entreprises d'assurance et des autorités de surveillance.

6 Bases juridiques

6.1 Constitutionnalité

Le projet de LSA repose sur les articles suivants de la constitution⁵⁸:

- l'art. 82 (Circulation routière) pour les dispositions relatives à l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles (*art. 13* du projet de LSA);
- l'art. 98 (Banques et assurances) dont l'al. 3 prévoit que la Confédération «légifère sur les assurances privées»;
- l'art. 117 (Assurance-maladie et assurance-accidents) qui est la base de la surveillance exercée sur les entreprises qui exploitent ces branches d'assurance ou leurs assurances complémentaires;
- l'art. 122 (Droit civil) étant donné que certaines dispositions touchent au droit du contrat d'assurance comme celles concernant l'assurance des dommages dus à des éléments naturels ou encore celle qui pourront être édictées en vertu de délégations de compétences prévues par le projet (par exemple dans l'assurance de la protection juridique);
- l'art. 123 (Droit pénal) concernant les dispositions pénales du projet.

6.2 Délégation du droit de légiférer

Le projet de *loi de surveillance*, comme le projet de modification de la *loi sur le contrat d'assurance* contiennent quelques délégations du droit de légiférer qui vont au-delà de l'édition de dispositions d'exécution proprement dites. Le fort dynamisme des marchés financiers exige cependant une grande flexibilité lorsqu'il s'agit d'édicter dans ce domaine des normes générales abstraites, ce qui justifie des délégations de compétences au Conseil fédéral. En outre, la législation de surveillance

⁵⁸ RS 101

porte sur des domaines comportant des questions techniques complexes dont la réglementation doit être déléguée à l'autorité de surveillance en raison de sa plus grande proximité des marchés.

6.2.1 Normes de délégation au Conseil fédéral

Sont visés les *art. 2, al. 4* (définition de l'activité d'assurance en Suisse), *6, al. 3* (désignation des branches d'assurance), *8, al. 2* (prescriptions sur le capital minimum), *9, al. 3* (prescriptions concernant les fonds propres), *10, al. 2* (fonds d'organisation), *14, al. 2* (qualifications professionnelles), *16, al. 2* (prescriptions concernant les provisions techniques), *20* (prescriptions concernant la fortune liée), *23, al. 2* (qualifications professionnelles de l'actuaire responsable), *26, al. 3* (règles d'estimation), *28, al. 3* (conditions de reconnaissance des organes de révision et des réviseurs), *31* (restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance), *32, al. 2* (prescriptions en matière d'assurance de la protection juridique), *33, al. 4 et 5* (prescriptions concernant l'assurance contre les dommages dus à des événements naturels), *36, al. 1* (taux technique d'intérêt), *36, al. 3* (participation aux excédents), *37, al. 3* (transparence dans la prévoyance professionnelle), *40, al. 3* (registre des intermédiaires), *42, al. 2* (qualifications professionnelles et garanties financières des intermédiaires), *43, al. 3* (devoir d'information de l'intermédiaire), *44, al. 3* (tâches de l'autorité de surveillance), *48, al. 3* (taxe de surveillance et émoluments), ainsi que *67, al. 1* et *75, al. 1* (fonds propres du groupe d'assurance et du conglomerat d'assurance).

Dans ces cas, il s'agit de questions comportant de nombreux points de détail qui doivent pouvoir être réglés ou modifiés avec un minimum de complications en fonction de la situation du marché. La participation des destinataires des normes à leur élaboration est garantie puisque l'*art. 85, al. 2*, fait obligation au Conseil fédéral de consulter préalablement les organisations intéressées. Les organisations à consulter dépendent de la matière qui est traitée dans un cas particulier. En plus des assureurs, il s'agit en général également des organisations de consommateurs. Compte tenu du nombre de délégations de compétences et de l'importance des objets qu'elles concernent, la nécessité de telles consultations a été particulièrement soulignée lors de la consultation.

En outre, les *art. 79, al. 5*, et *80, al. 8*, donnent au Conseil fédéral la compétence de réglementer la collaboration avec des autorités étrangères de surveillance des marchés financiers dans des traités internationaux.

Selon l'*art. 3, al. 4*, du projet de modification de la *LCA*, le Conseil fédéral reçoit la compétence de fixer le contenu des informations à fournir.

6.2.2 Normes de délégation à l'autorité de surveillance

La réglementation des domaines suivants qui repose en premier lieu sur les expériences réalisées dans l'exercice de la surveillance est par conséquent déléguée à l'autorité de surveillance: *22, al. 2* (genre et contrôle des risques), *24, al. 4* (tâches et rapport de l'actuaire responsable), *25, al. 2* (*exigences concernant le rapport d'activité*) *66* (surveillance interne des risques des groupes), *74* (surveillance interne des

risques des conglomérats), ainsi que *67, al. 2* et *75, al. 2* (détermination des fonds propres requis des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance).

A propos du dernier point, il faut relever que c'est le Conseil fédéral qui a la compétence de déterminer les fonds propres pouvant être pris en considération, alors que c'est l'autorité de surveillance qui fixe le genre et le calcul des fonds propres requis car ils font l'objet de discussions et de développements permanents au sein d'organisations internationales, notamment dans l'association internationale des autorités de surveillance des assurances (International Association of Insurance Supervisors, IAIS).

Table des matières

Condensé	2
1 Partie générale	4
1.1 Situation actuelle	4
1.1.1 Loi sur la surveillance des assurances	4
1.1.1.1 Généralités	4
1.1.1.2 Surveillance actuelle	5
1.1.1.3 Tendances de la révision législative	5
1.1.1.4 Nouvelle orientation de la surveillance/Task Force	5
1.1.1.5 Euro-compatibilité	7
1.1.1.6 Interventions parlementaires	7
1.1.2 Loi sur le contrat d'assurance	8
1.1.2.1 Recommandations de la Commission des cartels	9
1.1.2.2 Interventions parlementaires	9
1.2 Résultats de la procédure préliminaire	10
1.2.1 Généralités	10
1.2.2 Loi sur la surveillance des assurances	10
1.2.3 Loi sur le contrat d'assurance	11
1.2.4 Points controversés	11
1.2.4.1 Loi sur la surveillance des assurances	11
1.2.4.2 Loi sur le contrat d'assurance	11
1.2.5 Remaniement des avant-projets après la consultation	12
1.2.5.1 Droit de surveillance des assurances	12
1.2.5.1.1 Accès à l'activité d'assurance et exercice de l'activité	12
1.2.5.1.2 Calcul de la solvabilité	13
1.2.5.1.3 Actuaire responsable	13
1.2.5.1.4 Surveillance des intermédiaires	14
1.2.5.1.5 Compétence de juridiction	14
1.2.5.1.6 Groupes d'assurance et conglomérats financiers	15
1.2.5.1.6.1 Situation initiale	15
1.2.5.1.6.2 Rapport sur «La réglementation et la surveillance des marchés financiers en Suisse»	16
1.2.5.1.6.3 Dispositions concernant la surveillance des groupes d'assurance et des conglomérats d'assurance	17
1.2.5.2 Loi sur le contrat d'assurance	17
1.2.5.2.1 Réticence et devoir d'information	17
1.2.5.2.2 Pas de droit général de résiliation des contrats d'assurance	18
1.2.5.2.3 Droit de l'assureur de modifier unilatéralement un contrat en cours	18
2 Partie spéciale	19
2.1 Loi sur la surveillance des assurances	19

2.1.1	Généralités	19
2.1.2	Commentaire des dispositions du projet	19
2.1.2.1	Chapitre 1 Objet, but et champ d'application	19
2.1.2.2	Chapitre 2 Accès à l'activité d'assurance	22
2.1.2.2.1	Section 1 Agrément	22
2.1.2.2.2	Section 2 Conditions	24
2.1.2.2.3	Section 3 Conditions complémentaires applicables aux entreprises d'assurance étrangères	27
2.1.2.3	Chapitre 3 Exercice de l'activité d'assurance	28
2.1.2.3.1	Section 1 Dotation financière	28
2.1.2.3.2	Section 2 Gestion des risques	29
2.1.2.3.3	Section 3 Actuaire responsable	30
2.1.2.3.4	Section 4 Rapports	31
2.1.2.3.5	Section 5 Révision	33
2.1.2.3.6	Section 6 Dispositions particulières à certaines branches d'assurance	34
2.1.2.4	Chapitre 4 Intermédiaires d'assurance	37
2.1.2.5	Chapitre 5 Surveillance	39
2.1.2.5.1	Section 1 Généralités	39
2.1.2.5.2	Section 2 Mesures conservatoires	41
2.1.2.5.3	Section 3 Mesures conservatoires supplémentaires applicables à l'assurance sur la vie	43
2.1.2.5.4	Section 4 Mesures conservatoires supplémentaires applicables aux entreprises d'assurance étrangères	43
2.1.2.5.5	Section 5 Fin de l'activité d'assurance	44
2.1.2.6	Chapitre 6 Dispositions particulières concernant la surveillance des groupes et conglomerats d'assurance	45
2.1.2.6.1	Section 1 Groupes d'assurance	45
2.1.2.6.2	Section 2 Conglomerats d'assurance	47
2.1.2.7	Chapitre 7 Entraide et procédure	49
2.1.2.8	Chapitre 8 Dispositions pénales	50
2.1.2.9	Chapitre 9: Dispositions finales	52
2.1.3	Annexe II Modification d'actes législatifs	53
2.1.3.1	Chiffre 1 Code des obligations	53
2.1.3.2	Chiffre 2 Loi fédérale du 25 juin 1976 sur une contribution à la prévention des accidents	53
2.1.3.3	Chiffre 3 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (art. 68, al. 2)	54
2.1.3.4	Chiffres 4 et 5	54
2.1.3.5	Chiffres 6 (loi fédérale sur les banques du 8 novembre 1934 et les caisses d'épargne) et 7 (loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce de valeurs mobilières)	54
2.1.3.5.1	Introduction	54
2.1.3.5.1.1	Groupe d'experts surveillance des marchés financiers	54
2.1.3.5.1.2	Commission Zimmerli	55

2.1.3.5.1.3	Pratique actuelle de la CFB en matière de surveillance des groupes et des conglomerats	55
2.1.3.5.1.4	Concept de révision de la loi sur les banques et de la loi sur les bourses	55
2.1.3.5.1.5	Eurocompatibilité	56
2.1.3.5.2	Modifications dans la loi sur les banques	57
2.1.3.5.3	Modifications de la loi sur les bourses	62
2.1.3.5.4	Procédure de consultation auprès d'un cercle restreint d'intéressés	62
2.1.3.6	Chiffre 8 Loi concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier	63
2.1.3.6.1	Intermédiation d'assurance	63
2.1.3.6.2	Distribution de parts de fonds de placement	63
2.1.3.6.2.1	Non-assujettissement des distributeurs	63
2.1.3.6.2.2	Création d'une base légale pour l'assujettissement de sociétés d'un groupe sous la surveillance d'une autorité instituée par une loi spéciale	64
2.2	Loi sur le contrat d'assurance	65
2.2.1	Généralités	65
2.2.2	Commentaire des dispositions du projet	65
3	Conséquences	73
3.1	Conséquences financières et effets sur l'état du personnel	73
3.1.1	Conséquences pour la Confédération	73
3.1.2	Conséquences pour les cantons et les communes	73
3.2	Conséquences économiques des projets	73
3.2.1	Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat	73
3.2.2	Impact du projet sur les différents groupes de la société	74
3.2.3	Implications pour l'économie dans son ensemble	74
3.2.4	Autres réglementations entrant en ligne de compte	74
3.2.5	Aspects pratiques de l'exécution	75
4	Programme de législation	75
5	Rapport avec le droit européen	75
6	Bases juridiques	78
6.1	Constitutionnalité	78
6.2	Délégation du droit de légiférer	78
6.2.1	Normes de délégation au Conseil fédéral	79
6.2.2	Normes de délégation à l'autorité de surveillance	79
	Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (Projet)	85
	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (Projet)	120

