

11.057

Message relatif à la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance

du 7 septembre 2011

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par la présente, nous vous soumettons le message et le projet de la révision totale de la loi fédérale sur le contrat d'assurance en vous proposant de les adopter.

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

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2001 | M | 00.3537 | Vols. Début du délai de prescription (N 23.3.01, Jossen; E 6.12.01) |
| 2001 | P | 00.3541 | Libre passage intégral lors du changement d'assurance complémentaire (N 20.3.01, Groupe de l'Union démocratique du centre) |
| 2001 | P | 00.3542 | Maintien d'avantages lors du changement d'assurance complémentaire (N 20.3.01, Groupe de l'Union démocratique du centre) |
| 2001 | M | 00.3570 | Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Disposition régissant la prescription (N 20.3.01, Hofmann Urs) |
| 2003 | P | 02.3693 | LCA. Indemnités journalières. Lacunes (N 21.3.03, Robbiani) |
| 2004 | P | 03.3596 | Relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire (N 8.3.04, Commission de la sécurité sociale et de la santé publique CN 98.406) |
| 2007 | P | 07.3395 | Primes élevées lors du passage à une assurance individuelle d'indemnités journalières (N 5.10.07, Graf-Litscher) |
| 2010 | M | 09.3965 | Loi sur la surveillance des assurances (E 9.12.09, Bischofberger; N 3.6.10) |

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

7 septembre 2011

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

La loi sur le contrat d'assurance, vieille de plus d'un siècle, ne satisfait plus aux exigences actuelles. Certaines modifications urgentes ont déjà été effectuées au cours d'une révision partielle en 2006. La révision totale présentée ici entend adapter complètement le droit du contrat d'assurance aux nouvelles réalités et à la nécessité d'une couverture d'assurance réalisable et raisonnable.

Contexte

La révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) au 1^{er} janvier 2006 a fondamentalement restructuré le droit suisse en matière de surveillance dans le domaine des assurances. Même si parallèlement, quelques impératifs urgents ont été mis en œuvre dans une révision partielle de la loi sur le contrat d'assurance (LCA), les milieux politiques et la population ont continué d'insister ces dernières années pour que le droit du contrat d'assurance, parfois obsolète, soit intégralement révisé. Le projet présenté ici tient compte de ces exigences. Il comble les lacunes constatées et propose une restructuration de la législation sur les assurances privées qui soit adaptée aux réalités actuelles et réponde aux besoins à venir.

Contenu du projet

Le projet de loi adapte le droit du contrat d'assurance, sur la forme et sur le fond, aux nouvelles évolutions. Formellement, la LCA est structurée de manière claire; sa systématique est adaptée aux réalités actuelles et répond aux nouveaux besoins du marché. Sur le plan du contenu, il s'agit de mettre les parties contractantes sur un pied d'égalité, ce qui s'accompagne principalement (mais pas exclusivement) d'une amélioration de la position du preneur d'assurance et des autres bénéficiaires du contrat d'assurance. Les changements apportés ne visent pas seulement à combler les lacunes en matière d'information – la loi prévoit par exemple une extension des devoirs d'information précontractuels et contractuels; ils visent aussi à répondre au souhait d'une réglementation objective et équilibrée des relations précontractuelles et des possibilités d'aménagement du contrat – la loi introduit en particulier un droit de révocation et prévoit la possibilité de conclure des contrats rétroactifs. Le projet apporte également des améliorations importantes dans les dispositions concernant la demeure (en particulier la demeure pour le paiement des primes) et la prescription. Il fixe en outre des dispositions sur les clauses d'adaptation des primes qui entendent répondre au besoin de normes appropriées en matière de modification des contrats. Il propose encore de limiter l'indemnisation des frais de prévention et de diminution des dommages à la somme d'assurance et d'introduire des dispositions objectives concernant la surassurance et la sous-assurance ou l'insuffisance de couverture en cas de pluralité de lésés. L'introduction de droits de résiliation et de dispositions concernant la prolongation de couverture et la responsabilité pour les cas d'assurance en suspens fournit une réponse aux questions qui se posent en

relation avec la fin du contrat. Enfin, certaines modifications ont été introduites pour des raisons d'ordre économique. L'une de ces modifications est l'obligation pour le preneur d'assurance révoquant le contrat de prendre à sa charge les frais encourus par l'entreprise d'assurance en raison d'enquêtes particulières.

Table des matières

| | |
|--|-------------|
| Condensé | 7093 |
| 1 Grandes lignes | 7098 |
| 1.1 Contexte | 7098 |
| 1.1.1 Réglementation du contrat d'assurance jusqu'à fin 2005 | 7098 |
| 1.1.2 Révision partielle de la LCA dans le cadre de la modification de la loi sur la surveillance des assurances | 7098 |
| 1.1.3 Commission d'experts Schnyder | 7099 |
| 1.2 Projet destiné à la consultation | 7099 |
| 1.3 Résultat de la consultation | 7099 |
| 1.4 Analyse d'impact de la réglementation | 7100 |
| 1.5 Grandes lignes de la refonte proposée | 7101 |
| 1.5.1 Structure de la loi | 7101 |
| 1.5.2 Innovations quant au fond | 7101 |
| 1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen | 7103 |
| 1.6.1 Droit comparé | 7103 |
| 1.6.1.1 UE | 7103 |
| 1.6.1.2 Réglementations nationales dans l'espace européen | 7104 |
| 1.6.2 Développements | 7106 |
| 1.6.2.1 Dans l'espace européen | 7106 |
| 1.6.2.2 Dans certains Etats membres de l'Union européenne | 7106 |
| 1.7 Classement d'interventions parlementaires | 7107 |
| 1.7.1 Motion 00.3537/Vols. Début du délai de prescription | 7107 |
| 1.7.2 Motion 00.3541/Libre passage intégral lors du changement d'assurance complémentaire | 7107 |
| 1.7.3 Motion 00.3542/Maintien d'avantages lors du changement d'assurance complémentaire | 7108 |
| 1.7.4 Motion 00.3570/Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Dispositions régissant la prescription | 7108 |
| 1.7.5 Postulat 02.3693/LCA. Indemnités journalières. Lacunes | 7108 |
| 1.7.6 Postulat 03.3596/Relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire | 7109 |
| 1.7.7 Postulat 07.3395/Primes élevées lors du passage à une assurance individuelle d'indemnités journalières | 7110 |
| 1.7.8 Motion 09.3965/Loi sur la surveillance des assurances | 7110 |
| 2 Commentaire des articles | 7111 |
| 2.1 Titre 1 Dispositions générales | 7111 |
| 2.1.1 Chapitre 1 Champ d'application et droit semi-impératif | 7111 |
| 2.1.2 Chapitre 2 Conclusion et caractère contraignant du contrat | 7114 |
| 2.1.2.1 Section 1 Aboutissement et révocation | 7114 |
| 2.1.2.2 Section 2 Devoir d'information précontractuel de l'entreprise d'assurance | 7121 |
| 2.1.2.3 Section 3 Obligation de déclarer précontractuelle du preneur d'assurance | 7125 |

| | | |
|----------|--|-------------|
| 2.1.2.4 | Section 4 Conventions particulières | 7131 |
| 2.1.2.5 | Section 5 Communications et observation des délais | 7133 |
| 2.1.3 | Chapitre 3 Prime | 7134 |
| 2.1.4 | Chapitre 4 Survenance du sinistre | 7135 |
| 2.1.4.1 | Section 1 Incombances du preneur d'assurance et de l'ayant droit | 7135 |
| 2.1.4.2 | Section 2 Prestation de l'entreprise d'assurance | 7137 |
| 2.1.5 | Chapitre 5 Modification du contrat | 7142 |
| 2.1.5.1 | Section 1 Augmentation et diminution du risque | 7142 |
| 2.1.5.2 | Section 2 Adaptations unilatérales du contrat | 7144 |
| 2.1.6 | Chapitre 6 Fin du contrat | 7145 |
| 2.1.6.1 | Section 1 Extinction légale du contrat | 7145 |
| 2.1.6.2 | Section 2 Résiliation du contrat | 7146 |
| 2.1.6.3 | Section 3 Conséquences de la fin du contrat | 7148 |
| 2.1.7 | Chapitre 7 Exécution forcée | 7150 |
| 2.1.8 | Chapitre 8 Prescription | 7152 |
| 2.1.9 | Chapitre 9 Intermédiaire d'assurance | 7153 |
| 2.1.9.1 | Section 1 Courtier en assurance | 7153 |
| 2.1.9.2 | Section 2 Agent d'assurance | 7154 |
| 2.1.9.3 | Section 3 Dispositions communes applicables aux intermédiaires d'assurance | 7155 |
| 2.1.10 | Chapitre 10 Protection des données | 7156 |
| 2.2 | Titre 2 Dispositions particulières | 7160 |
| 2.2.1 | Chapitre 1 Dispositions communes pour l'assurance dommages | 7160 |
| 2.2.1.1 | Section 1 Imputation, subrogation et droit de recours | 7161 |
| 2.2.1.2 | Section 2 Assurance multiple | 7164 |
| 2.2.2 | Chapitre 2 Dispositions communes pour l'assurance de sommes | 7166 |
| 2.2.3 | Chapitre 3 Branches d'assurance | 7166 |
| 2.2.3.1 | Section 1 Assurance de choses | 7166 |
| 2.2.3.2 | Section 2 Assurance responsabilité civile | 7169 |
| 2.2.3.3 | Section 3 Assurance protection juridique | 7173 |
| 2.2.3.4 | Section 6 Assurance-vie | 7177 |
| 2.2.3.5 | Section 7 Assurance-maladie et assurance-accidents | 7183 |
| 2.3 | Titre 3 Relations internationales | 7185 |
| 2.3.1 | Chapitre 1 Dispositions communes | 7185 |
| 2.3.2 | Chapitre 2 Droit applicable dans le domaine de l'assurance directe autre que l'assurance-vie | 7186 |
| 2.3.3 | Chapitre 3 Droit applicable à l'assurance-vie | 7186 |
| 2.4 | Titre 4 Dispositions finales | 7187 |
| 2.5 | Annexe 1 Droit semi-impératif | 7187 |
| 2.6 | Annexe 2 Modification du droit en vigueur | 7187 |
| 2.6.1 | Code des obligations | 7187 |
| 2.6.2 | Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances | 7188 |
| 3 | Conséquences | 7192 |
| 3.1 | Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes | 7192 |
| 3.2 | Conséquences économiques | 7192 |
| 3.2.1 | Nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat | 7193 |

| | |
|---|-------------|
| 3.2.2 Conséquences pour diverses catégories d'acteurs | 7194 |
| 3.2.3 Implications pour l'économie dans son ensemble | 7195 |
| 3.2.4 Solutions de rechange | 7196 |
| 3.2.5 Adéquation de l'exécution | 7197 |
| 4 Lien avec le programme de la législature | 7197 |
| 5 Aspects juridiques | 7197 |
| 5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois | 7197 |
| 5.2 Délégation de compétences législatives | 7197 |
| Loi fédérale sur le contrat d'assurance (Loi sur le contrat d'assurance, LCA) (Projet) | 7199 |

Message

1 Grandes lignes

1.1 Contexte

1.1.1 Réglementation du contrat d'assurance jusqu'à fin 2005

La loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)¹ régit le rapport contractuel de droit privé entre le preneur d'assurance (ainsi que la personne assurée, l'ayant droit ou le bénéficiaire) et l'entreprise d'assurance. La LCA actuelle, qui dans l'ensemble a longtemps fait ses preuves, a été l'objet de critiques toujours plus vives ces derniers temps. L'acceptation réduite du droit du contrat d'assurance actuel n'est pas seulement due aux changements dans la perception et l'évaluation des questions en matière de droit des assurances par l'opinion publique. La doctrine aussi a souvent critiqué le manque d'équilibre entre les obligations des preneurs d'assurance, d'une part, et celles des entreprises d'assurance, d'autre part, ainsi que le manque d'harmonie entre la LCA et le droit général des obligations. En outre, les tribunaux sont toujours davantage confrontés à des problèmes auxquels le droit actuel n'apporte pas de solutions ou apporte des solutions insuffisantes.

1.1.2 Révision partielle de la LCA dans le cadre de la modification de la loi sur la surveillance des assurances

L'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006 de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)² a entraîné l'adaptation de certaines dispositions de la LCA pour lesquelles on ne voulait pas attendre la révision totale. Cette loi a imposé à l'assureur de renseigner le preneur d'assurance, avant la conclusion du contrat, sur son identité et sur les principaux éléments du contrat (art. 3 LCA); si cette obligation n'est pas respectée, le preneur d'assurance a la possibilité de résilier le contrat (art. 3a LCA). Elle a introduit par ailleurs le principe de causalité en cas de violation de l'obligation de déclaration: si l'assureur résilie le contrat pour ce motif, il est libéré de l'obligation de fournir la prestation pour les seuls dommages dont la surveillance ou l'étendue a été influencée par les faits importants pour l'appréciation du risque qui n'ont pas été déclarés ou qui l'ont été de manière inexacte (art. 6 LCA). En outre, le principe de la divisibilité de la prime en cas de résiliation ou de fin prématurée du contrat d'assurance (art. 24 LCA) a été redéfini et une disposition portant sur l'extinction du contrat d'assurance en cas de changement de propriétaire (art. 54 LCA) a été introduite. Cette disposition a toutefois été corrigée depuis lors: en cas de changement de propriétaire de l'objet assuré, le contrat d'assurance est désormais transféré au nouveau propriétaire, ce dernier pouvant le résilier dans les trente jours suivant le changement (06.468; initiative parlementaire Hegetschweiler).

¹ RS 221.229.1

² RS 961.01

1.1.3 Commission d'experts Schnyder

Le 11 février 2003, le Département fédéral de justice et police, qui était alors compétent, a chargé une commission d'experts scientifiques³ dirigée par M. Anton K. Schnyder, professeur à l'Université de Zurich, de procéder à la refonte totale de la LCA, refonte qui s'imposait malgré la révision partielle. La commission avait pour mandat d'élaborer un projet de loi et un rapport explicatif concernant la révision totale du droit du contrat d'assurance. Elle devait intégrer les exigences politiques connues qui n'avaient pas été mises en œuvre dans la révision partielle et tenir compte de l'évolution du droit dans les Etats voisins et le reste de l'Europe, en délimitant clairement le droit du contrat d'assurance du droit des assurances sociales. En août 2006, la commission a transmis un projet accompagné du rapport explicatif au Département fédéral des finances désormais compétent. Par la suite, ce dernier a été chargé d'élaborer, sur la base du projet des experts, un projet destiné à la procédure de consultation.

1.2 Projet destiné à la consultation

Le projet mis au point pour la consultation conservait les grandes lignes des travaux réalisés, mais s'écartait sur certains points, notamment sur les points ci-après, des propositions de la commission d'experts:

- il redéfinissait la réglementation de l'intermédiation d'assurance;
- il renonçait à inscrire des dispositions subsidiaires pour les assurances responsabilité civile obligatoires;
- il renonçait à accorder à l'entreprise d'assurance un droit de résiliation limité dans le temps pour l'assurance individuelle des soins;
- il renonçait à introduire un contrôle du contenu des conditions générales d'assurance (CGA) par les tribunaux;
- il redéfinissait les règles relatives au début du délai de prescription.

La procédure de consultation a duré du 21 janvier 2009 au 31 juillet 2009.

1.3 Résultat de la consultation

Une forte majorité des milieux consultés ont approuvé le projet dans son intégralité, ou du moins dans son principe, même si certains ont émis des réserves parfois importantes. Les milieux économiques, en particulier, ont fait valoir que les nombreuses normes impératives et semi-impératives entravaient trop la liberté contractuelle. Ils ont souligné que les restrictions ne devaient pas aller plus loin que ce qui est nécessaire à la protection du preneur d'assurance. Ils ont également émis la crainte que la densité réglementaire n'accroisse les charges administratives et

³ La commission était composée des membres suivants: Alexander Brunner, juge cantonal; Professeur Vincent Brulhart; M^e Olivier Carré; M^e Andrea Eisner-Kiefer; Stephan Fuhrer; Professeur Peter Gauch (jusqu'au 15.02.2005); Professeur Franz Hasenböhler; Professeur Bettina Kahil-Wolff; Professeur Alfred Koller (jusqu'au 31.12.2003); Matthias Nast; M^e Peter Pfund; Professeur Hans Peter Walter; Stephan Weber, juge du Tribunal de commerce.

n'entraîne une hausse des coûts des entreprises d'assurance, ajoutant qu'il y avait lieu de clarifier de manière plus détaillée les conséquences économiques d'une révision totale. Enfin, ils ont objecté que le droit européen de la consommation était repris dans une mesure inacceptable.

Les principales dispositions contestées concernaient (numérotation correspondant au projet actuel):

- le droit de révocation (art. 7 s.);
- le devoir d'information (art. 12);
- l'obligation de déclarer précontractuelle (art. 15 ss);
- les frais de prévention, de diminution et de détermination du dommage (art. 40);
- l'intermédiation d'assurance (notamment la rémunération des courtiers; art. 65 s.);
- le droit d'action directe dans l'assurance responsabilité civile (art. 91); et
- les relations avec l'assurance-maladie sociale/l'obligation d'information pour les assurances collectives d'entreprises (art. 114 s.).

Par ailleurs, plusieurs participants ont demandé:

- que la terminologie utilisée soit précise, homogène et univoque et que certaines notions soient définies;
- que l'on revienne sur l'abandon de l'introduction d'un contrôle systématique du contenu des CGA (dans un nouvel art. 20a CO⁴);
- que des améliorations soient apportées s'agissant de l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie;
- qu'un article distinct concernant les abus soit inscrit dans la loi.

1.4 Analyse d'impact de la réglementation

Le 13 janvier 2010, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) de procéder avec le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) à une analyse d'impact approfondie de la réglementation (AIR)⁵ des principales variantes et propositions de modification. Il a ainsi tenu compte des craintes concernant les conséquences économiques du projet, fréquemment exprimées lors de la procédure de consultation. Le DFF a en outre été chargé de revoir la réglementation concernant l'intermédiation d'assurance (rémunération des courtiers) avec le concours de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Le DFF et le SECO ont par la suite demandé au Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale (bureau BASS) de mener une analyse d'impact de douze réglementations centrales de la révision de la loi. Le rapport final de l'entreprise mandatée a

⁴ RS 220

⁵ L'AIR permet – le plus souvent dans le cadre de l'élaboration de messages relatifs à des lois – d'examiner les conséquences économiques de mesures réglementaires individuelles et de leurs variantes pour les groupes concernés de la société ainsi que pour l'économie dans son ensemble. Pour en savoir plus, voir la page de l'AIR sur le site Internet du SECO: www.seco.admin.ch/air.

été publié le 14 octobre 2010 par le DFF. La FINMA a présenté en novembre 2010 les résultats du projet de réglementation sur la distribution de produits financiers, résultats qui allaient être ensuite utilisés pour revoir les dispositions sur l'intermédiation d'assurance.

Les résultats de l'analyse sont commentés au ch. 3.2 ainsi qu'au ch. 2 et, le cas échéant, dans le commentaire des dispositions. La plupart des conclusions du rapport de la FINMA ont été prises en compte lors de l'élaboration de la réglementation de l'intermédiation d'assurance (ch. 2.1.9).

1.5 Grandes lignes de la refonte proposée

1.5.1 Structure de la loi

La structure de la loi sur le contrat d'assurance intégralement révisée correspond pour l'essentiel aux propositions de la commission d'experts. La loi se subdivise en quatre titres et deux annexes.

Le titre 1 (Dispositions générales) comprend dix chapitres et s'applique à tous les contrats d'assurance. Il régit le champ d'application et le droit semi-impératif, la conclusion et le caractère contraignant du contrat, la prime (prestation du preneur d'assurance), la survenance du sinistre (prestation de l'entreprise d'assurance), la modification du contrat, la fin du contrat, l'exécution forcée (à l'égard des entreprises d'assurance et des preneurs d'assurance), la prescription, l'intermédiation d'assurance et la protection des données.

Le titre 2 (Dispositions particulières) est subdivisé en trois chapitres. Les premier et deuxième chapitres consacrent, pour toutes les branches d'assurance, la distinction fondamentale entre assurance dommages et assurance de sommes, qui doit remplacer la distinction actuelle, souvent critiquée, entre assurance dommages et assurance de personnes. Le troisième chapitre prévoit des réglementations spéciales pour les branches d'assurance spécifiques et distingue, conformément à la terminologie usuelle, entre assurance de choses, assurance responsabilité civile, assurance protection juridique et assurance-vie, ainsi qu'entre assurance-maladie et assurance-accidents.

Les titres 3 et 4 contiennent les prescriptions relatives aux relations internationales ainsi que les dispositions transitoires et finales.

L'annexe 1 énumère les normes qui sont de droit semi-impératif. L'annexe 2 indique les modifications à apporter à d'autres lois en raison de la révision de la LCA.

1.5.2 Changements de fond

Sur le fond, les nouvelles règles introduites par le projet et les modifications apportées par rapport à l'ancien droit sont les suivantes:

- introduction d'un droit général de révocation: l'art. 7 introduit pour tous les preneurs d'assurance (consommateurs et clients commerciaux) un droit de révocation de quatorze jours. Ce droit de révocation est exclu uniquement pour les assurances collectives de personnes, les couvertures provisoires et les conventions d'une durée inférieure à un mois;

- possibilité de souscrire une assurance rétroactive: le projet donne aux parties contractantes la possibilité, dans certains cas, de convenir la couverture d'assurance pour une date antérieure (art. 24);
- prolongation du délai de prescription: le délai de prescription est porté à dix ans pour les prestations d'assurance et à cinq ans pour les créances de prime (art. 64);
- codification de la clause d'adaptation des primes (possibilité de modifier le contrat): l'objet de la clause d'adaptation des primes est une augmentation des primes au cours de la durée du contrat. Le droit en vigueur (art. 48) ne contient aucune disposition à ce sujet (sauf pour les assurances-vie; art. 132 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance⁶);
- introduction d'un droit de résiliation général: un droit de résiliation ordinaire après une durée contractuelle de trois ans est introduit. Il est possible aussi de convenir mutuellement de délais de résiliation plus brefs. Pour les assurances-vie, il est possible de résilier le contrat après un an déjà (art. 52);
- renoncement au droit de résiliation en cas de sinistre: l'introduction d'un droit de résiliation général après trois ans ne rend plus absolument nécessaire la possibilité de résilier un contrat en cas de sinistre;
- réglementation de la prolongation de couverture et de la responsabilité pour les cas d'assurance en suspens: il est possible que le risque assuré (accident p. ex.) se réalise encore pendant la durée du contrat, mais que le dommage (frais de guérison, pertes de revenu, p. ex.) ne survienne qu'après la fin du contrat d'assurance. L'obligation de prestation de l'assureur suppose en principe la réalisation cumulée du risque assuré et du dommage assuré pendant la durée du contrat. Le projet prévoit désormais une prolongation de couverture de dix ans pour les cas où le dommage surviendrait après la fin du contrat, pour autant que le risque assuré se soit réalisé pendant la durée du contrat. En outre, les clauses limitant ou supprimant les obligations de prestation à la fin du contrat doivent être nulles (cas d'assurance en suspens) (art. 55 et 56);
- réglementation de l'intermédiation d'assurance: un devoir d'information est introduit pour les intermédiaires d'assurance, et, pour les courtiers en assurance, l'obligation de publier leur rémunération (art. 65 ss);
- introduction d'un droit d'action directe dans l'assurance responsabilité civile: le droit d'action directe du lésé envers l'assurance responsabilité civile du responsable (qui remplace le droit de gage du lésé sur la prestation d'assurance) garantit qu'une prestation d'assurance est effectivement versée au lésé et ne peut être affectée à autre chose par le responsable ou ses créanciers (art. 91);
- reprise de l'institut des médecins-conseils: le système des médecins-conseils est partiellement appliqué aux assurances-maladie complémentaires et à l'assurance d'indemnités journalières si cela est nécessaire à la protection des données des assurés (art. 72).

1.6 Droit comparé et rapport avec le droit européen

1.6.1 Droit comparé

1.6.1.1 UE

L'acquis communautaire européen n'englobe aucune codification fermée du droit du contrat d'assurance. Le projet de directive d'harmonisation élaboré en 1979⁷ n'a pas réussi à s'imposer et a été retiré par la Commission européenne. La réglementation du droit du contrat d'assurance reste donc largement de la compétence des Etats individuels.

Cependant, le droit communautaire dérivé intervient directement ou indirectement dans le droit relatif au contrat d'assurance. Par exemple, les directives CE concernant l'assurance-vie et l'assurance non-vie ont entraîné l'introduction d'une obligation d'information et de conseil de l'entreprise d'assurance envers le preneur d'assurance. La majeure partie de ces directives seront fondues dans le régime *Solvabilité II*. Ce dispositif réglementaire, qui devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2013, adapte les exigences réglementaires relatives aux assureurs. Celles-ci couvrent notamment la gestion du risque et les exigences de capitalisation des entreprises d'assurance. En outre, *Solvabilité II* vise à développer un marché unifié pour les prestations d'assurance en Europe.

La *directive sur l'intermédiation en assurance*⁸, pour sa part, a engendré un devoir d'information, de conseil et de documentation pour les intermédiaires. Cette directive est en cours de révision et un premier projet devrait être présenté à la fin de 2011. Tant l'orientation générale de la directive concernant les marchés d'instruments financiers (*Markets in Financial Instruments Directive*, MiFID) que les travaux de la commission concernant les *Packaged Retail Investment Products* (PRIP, produits d'investissement de détail) se répercuteront probablement sur le projet. La commission veille particulièrement à accroître la transparence et à créer un *level playing field* pour la vente de produits d'assurance entre intermédiaires d'assurance et entreprises d'assurance.

La directive du 23 septembre 2002⁹ concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs contient entre autres un droit de révocation spécifique. En outre, les réglementations formulées dans les directives concernant l'assurance RC pour véhicules automobiles ont considérablement accru la protection des lésés¹⁰. Ces directives ont été regroupées dans une nouvelle directive qui régit l'ensemble des véhicules automoteurs¹¹.

⁷ JO C 190 du 28.7.1979, p. 2; JO C 355 du 31.12.1980, p. 30

⁸ Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, JO L 9 du 15.1.2003, p. 3

⁹ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant la directive 90/619/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 9.10.2002, p. 16

¹⁰ Directive 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, JO L 263 du 7.10.2009, p. 11.

¹¹ Directive 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, JO L 263 du 7.10.2009, p. 11

1.6.1.2

Réglementations nationales dans l'espace européen

En Suisse, l'évolution du droit relatif à la surveillance des assurances et les interactions avec le droit du contrat d'assurance ont suivi dans une large mesure un cours parallèle aux évolutions survenues dans l'UE. La déréglementation entreprise par la LSA, qui visait dans une large mesure à transposer de manière autonome le droit dérivé de l'UE, a été assortie d'un renforcement de la protection des assurés dans le droit du contrat d'assurance. Des exigences urgentes relatives à la protection des consommateurs ont été concrétisées dans une première révision partielle de la LCA. Le présent projet de révision totale, qui complète et prolonge cette révision partielle, entend établir un acte normatif mieux adapté aux réalités de notre époque.

Une comparaison entre ces principaux changements et les réglementations de quelques pays européens démontre que ces dernières vont largement dans le sens du présent projet.

L'Allemagne, par exemple, connaît un *droit de révocation* illimité si une entreprise d'assurance n'a pas totalement respecté son devoir d'information. En France, le droit de se départir n'existe que pour les contrats d'assurance-vie (30 jours) et pour les contrats conclus par un courtier ou à distance (14 jours).

En Allemagne, le *devoir d'information précontractuel* est régi par voie d'ordonnance (*Verordnung über Informationspflichten bei Versicherungsverträgen*). En France, une lettre d'information mentionnant le droit de résiliation, le prix, la couverture d'assurance, les exceptions et les obligations de l'assuré doit être remise impérativement au preneur d'assurance avant la conclusion du contrat. En Finlande, le droit du contrat d'assurance prévoit un devoir d'information précontractuel, notamment en ce qui concerne les dommages exclus de la couverture d'assurance.

S'agissant de l'*obligation de déclarer précontractuelle*, la loi allemande révisée sur le contrat d'assurance prévoit que l'entreprise d'assurance doit poser les questions nécessaires à l'assuré qui est tenu d'y répondre par écrit. Mais cette obligation de déclarer se limite aux circonstances dont le preneur d'assurance a réellement connaissance. Ce dernier n'est pas tenu de dire la vérité concernant des informations qui ne lui ont pas été demandées ou qui n'ont pas été exprimées. En France aussi, le preneur d'assurance est tenu de répondre très exactement aux questions de l'assureur. La violation intentionnelle de l'obligation de déclarer précontractuelle peut, dans certaines conditions, entraîner la nullité du contrat d'assurance. Quant au droit anglais des assurances de consommateurs, qui repose sur le *Marine Insurance Act* de 1906, il subit une révision totale. La refonte prévoit de remplacer l'obligation de déclarer précontractuelle, extrêmement stricte et jugée aujourd'hui préjudiciable au consommateur, par l'obligation de répondre correctement, attentivement et complètement aux questions de l'assureur.

En Allemagne, l'assuré doit veiller, lors de la survenance d'un cas d'assurance, à *prévenir et à diminuer le dommage*. L'assureur peut refuser ou réduire sa prestation en cas de violation intentionnelle de cette incombance si l'assuré a agi par négligence grave. En Autriche également, l'assuré doit veiller dans la mesure du possible à prévenir et à diminuer le dommage lors de la survenance d'un cas d'assurance et suivre les instructions de l'assureur. Si une violation intentionnelle de cette obligation libère l'assureur de son obligation de prestation, tel n'est pas le cas d'une violation due à une négligence grave pour autant que le dommage eût été aussi important

si l'obligation de prévention et de diminution avait été remplie. En principe, l'assuré a droit à une indemnisation des frais.

En Allemagne, s'agissant des contrats d'assurance-vie, d'incapacité de travail ou d'assurance-maladie, qui ne peuvent être résiliés par l'assureur, un fiduciaire indépendant doit contrôler *l'adaptation des primes*. En France, les assurés ne peuvent contester les adaptations de primes si celles-ci découlent d'une clause d'indexation contractuelle d'un système de malus, d'une modification des émoluments ou d'une nouvelle couverture obligatoire prescrite par la loi. Si le contrat ne prévoit pas de clause sur l'adaptation des tarifs d'assurance par l'assureur, ce dernier ne peut donc pas augmenter les primes contre la volonté de l'assuré. Les adaptations de prime basées sur la modification du risque d'assurance dû à l'état de santé de l'assuré ne sont autorisées ni dans les assurances-vie ni dans les assurances-maladie.

En Allemagne, la *résiliation* d'un contrat pluriannuel peut désormais se faire après trois ans (au lieu de cinq précédemment). Par contre, un contrat (obligatoire) d'assurance-maladie ne peut être résilié par l'assureur. En France, l'assureur peut prévoir dans les conditions générales d'assurance à la fois les modalités de résiliation ordinaires et la possibilité de résiliation en cas de sinistre. La *Loi Chatel*¹² confère aux assurés privés le droit de résilier le contrat à tout moment en cas de prolongation tacite si l'assureur a violé son devoir d'information concernant le délai de résiliation.

La révision de la loi allemande sur le contrat d'assurance a entraîné une unification des *délais de prescription* et de leur adaptation au code civil. Le délai de prescription ordinaire est de trois ans. Il est de deux ans en France pour toutes les plaintes dans le domaine du contrat d'assurance. Cependant, il est de dix ans pour les contrats portant sur les assurances-accidents de personnes, pour autant que le bénéficiaire soit le successeur juridique de l'assuré décédé, ainsi que pour les contrats d'assurance-vie si le bénéficiaire n'est pas le preneur d'assurance.

La loi allemande sur le contrat d'assurance ne contient aucune réglementation concernant la *rémunération des courtiers*. Les rémunérations doivent cependant être présentées de façon transparente. En France, le courtier en assurance est considéré en principe comme étant le mandataire de l'assuré. Il doit révéler sa rémunération à la demande du client si les primes annuelles excèdent 20 000 euros. La mise en œuvre de la directive sur les marchés d'instruments financiers (MiFID¹³) n'a eu aucune influence sur la réglementation de la rémunération des courtiers. Dans les pays scandinaves, l'idée du système de *netquoting* est très actuelle¹⁴: en Finlande, après la mise en œuvre de la directive de l'UE, les courtiers en assurance ne peuvent plus être rémunérés que par le client depuis le 1^{er} août 2008 (avec un délai transitoire de trois ans). Le nombre de courtiers n'a que très faiblement baissé (de 341 à 331) entre 2006 et 2009. En Norvège, les courtiers n'ont plus le droit non plus, depuis 2008, d'accepter de provisions des entreprises d'assurance. Le marché des courtiers est pourtant resté stable. Au Danemark, un acte législatif interdisant le versement de

¹² Cf. loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005, www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000606011&dateTexte=

¹³ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JO L 145 du 30.4.2004, p. 1

¹⁴ Cf. Verbund deutscher Honorarberater (VDH), loc. cit.

provisions dans l'assurance-vie et l'assurance de choses est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2007, avec un délai transitoire expirant le 1^{er} juillet 2011. En Suède, la MiFID a été mise en œuvre en novembre 2007. Le courtier en assurance doit révéler sa rémunération au client avant la conclusion du contrat. L'industrie des assurances a introduit de son plein gré des primes nettes pour les clients recourant à un intermédiaire.

1.6.2 Développements

1.6.2.1 Dans l'espace européen

Les développements du droit européen sur la surveillance des assurances se caractérisent avant tout par une certaine déréglementation qui s'est également répercutée sur le droit des contrats. L'étape la plus décisive a certainement été la renonciation à un contrôle préventif des produits. Si la déréglementation a accru la diversité des produits, elle a aussi entraîné un manque de transparence et rendu plus difficile la comparaison des produits, ce qui a plutôt dégradé la position du preneur d'assurance en qualité de partie contractante. Pour compenser cette situation, certains pays européens ont eu tendance ces derniers temps à réglementer à nouveau plus fortement le droit du contrat d'assurance.

Un groupe de projet scientifique¹⁵ a élaboré et remis à la Commission européenne, à la fin de 2007¹⁶, un projet fixant les principes d'un régime de droit européen en matière de contrat d'assurance (*Principles of European Insurance Contract Law*, PEICL). Ces principes, qui doivent servir de droit de référence pour la compréhension des notions, s'adressent également aux législateurs nationaux. Les PEICL ont été intégrés dans un cadre commun de référence (*Common Frame of Reference*, CFR) qui entend consacrer des définitions et principes de base uniformes d'un droit européen en matière de contrats et constituer une sorte d'exemple pour les législateurs nationaux. La Commission européenne a mené des consultations jusqu'à fin janvier 2011 concernant la poursuite du CFR. Elle souhaite soumettre avant 2012 des propositions concrètes, qui décideront également de l'avenir des PEICL.

1.6.2.2 Dans certains Etats membres de l'Union européenne

Comme les réglementations nationales dans le domaine du contrat d'assurance ne sont pas harmonisées, il serait trop complexe de les présenter plus en détail ici. Cependant, les commentaires des différents articles complètent les explications fournies au ch. 1.6.1.2 par un renvoi à la réglementation d'autres Etats européens lorsque cela s'avère judicieux. De manière générale, on peut dire que dans de nombreux Etats membres de l'Union européenne le droit du contrat d'assurance est en cours de révision ou a été révisé récemment.

En *Allemagne*, une loi révisée sur le contrat d'assurance est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. L'*Autriche* réglemente actuellement à l'échelon de la loi la communication électronique entre les assureurs et les assurés. En outre, la réglementa-

¹⁵ Restatement of European Insurance Contract Law

¹⁶ Cf. <http://restatement.info/cfr/Draft-CFR-Insurance-Contract-17122007-FINAL.pdf>

tion relative à la détermination par l'assureur des données personnelles concernant la santé fait l'objet d'une révision et le droit de résiliation est simplifié. En *France*, le *Code des assurances* a subi plusieurs révisions partielles ces dernières années; certaines ne sont entrées en vigueur qu'en 2011. En *Grande-Bretagne*, la jurisprudence en matière de droit du contrat d'assurance se fonde encore sur le *Marine Insurance Act* de 1906. Malgré de nombreuses exigences de réforme, seuls des amendements ont été adoptés au cours du temps. En 2006, la *Law Commission* a lancé un projet de réforme complet de la réglementation du droit du contrat d'assurance. Deux projets de loi sont en préparation: l'un porte sur le groupe des consommateurs et l'autre sur celui des entreprises. Par ailleurs, les lois devraient remplacer les nombreux actes réglementaires existants. La *Finlande* a adopté il y a quelques mois des lois révisées portant sur le domaine des assurances. La réglementation concernant la rémunération des courtiers prévoit que ces derniers facturent désormais directement leurs commissions au client. En *Suède* et en *Norvège*, le droit du contrat d'assurance a été révisé il y a quelques années seulement. En *Norvège*, l'intermédiation d'assurance est régie par une loi du 10 juin 2005 révisée le 19 juin 2009. En *Suède*, une loi est entrée en vigueur en juillet 2005.

1.7 Classement d'interventions parlementaires

1.7.1 Motion 00.3537: Vols. Début du délai de prescription

Le Tribunal fédéral a considéré (ATF 126 III 278) que, dans les cas de vols, le délai de prescription de deux ans, déjà court, commençait au moment où le vol est commis et non au moment où le vol est découvert, la conséquence, difficilement acceptable, étant que les prétentions du lésé pourraient déjà être prescrites au moment de la découverte du vol. Avec sa motion du 5 octobre 2000 «Vols. Début du délai de prescription», le conseiller national Peter Jossen-Zinsstag demande au Conseil fédéral de modifier en conséquence les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance.

L'art. 64 du projet prend en compte les exigences de cette motion par analogie. Il prévoit en effet que les créances découlant du contrat d'assurance se prescrivent par dix ans à compter de la survenance du sinistre. En principe, il est certes toujours possible que le délai de prescription commence à courir avant que le sinistre ne soit découvert. Mais les cas mentionnés dans la motion ne surviendront plus guère dans la pratique en raison de la prolongation du délai de prescription. Le Conseil fédéral propose de classer la motion.

1.7.2 Motion 00.3541: Libre passage intégral lors du changement d'assurance complémentaire

La motion du Groupe de l'Union démocratique du centre transmise sous forme de postulat demande l'introduction d'un délai maximal pour l'application de réserves lors de la conclusion d'une nouvelle assurance complémentaire. De telles restrictions ne devraient plus être admises à l'expiration de ce délai.

Le contrat d'assurance-maladie complémentaire est soumis au droit privé. L'introduction d'une limitation de la durée pour l'application de réserves restreindrait la

liberté contractuelle, qui est l'un des principes fondamentaux du droit privé. En outre, une limitation dans le temps peut aller à l'encontre des intérêts des assurés, car elle peut inciter l'entreprise d'assurance à refuser une demande d'admission dans l'assurance si le risque à assumer paraît trop élevé. Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.3 Motion 00.3542: Maintien d'avantages lors du changement d'assurance complémentaire

Cette motion du Groupe de l'Union démocratique du centre, également transmise sous forme de postulat, demande que les avantages accordés aux assurés dans l'assurance complémentaire (par le nombre d'années d'affiliation, l'absence de dommages, etc.) soient maintenus en cas de changement d'assurance complémentaire dans la mesure où la nouvelle entreprise d'assurance prévoit de tels avantages pour ses affiliés.

Cette intervention restreint elle aussi trop fortement l'autonomie contractuelle. La décision concernant les avantages qu'une entreprise d'assurance prévoit d'accorder à ses assurés doit être laissée à cette dernière. Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.4 Motion 00.3570: Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Dispositions régissant la prescription

La motion du conseiller national Urs Hofmann, transmise sous forme de postulat, demande au Conseil fédéral de présenter au Parlement une modification de loi visant à porter le délai de prescription prévu à l'art. 46, al. 1, LCA à dix ans au minimum.

L'art. 64 de ce projet prévoit un délai de prescription de dix ans pour les prestations d'assurance et de cinq ans pour les créances de prime; il remplit donc les exigences du postulat. Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.5 Postulat 02.3693: LCA. Indemnités journalières. Lacunes

Le postulat du conseiller national Meinrado Robbiani relève que, selon le droit en vigueur, l'entreprise d'assurance n'est pas tenue d'informer les travailleurs assurés ni de leur offrir la possibilité de souscrire une assurance individuelle en cas de suspension d'un contrat d'assurance d'indemnités journalières (p. ex. parce que l'employeur ne paie pas les primes). Le Conseil fédéral est invité à lever cette injustice.

L'idée à la base de l'art. 3, al. 3, LCA entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006 est reprise à l'art. 116 sous forme d'obligation d'information pour les assurances collectives d'entreprises. Le preneur d'assurance a en outre l'obligation de renseigner l'assuré sur un éventuel droit de passage dans l'assurance individuelle. Si l'obligation d'information demandée par le postulat était introduite, les *entreprises d'assurance* ne seraient pas en mesure de respecter leur devoir d'information envers les assurés

puisque l'assurance collective d'indemnités journalières, notamment, est en principe une assurance de la masse salariale et que l'assureur ignore qui travaille auprès du preneur d'assurance. Le présent projet continue de prévoir un droit légal de passage pour les personnes considérées comme sans emploi selon la législation sur l'assurance-chômage, mais pour ces personnes uniquement. En dehors de ce cas, le principe de la liberté contractuelle doit s'appliquer; aucun droit généralisé de passage n'est donc prévu pour les assurances collectives d'indemnités journalières en cas de maladie selon la LCA. Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.6 Postulat 03.3596: Relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire

Ce postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national charge le Conseil fédéral de présenter un rapport exposant les relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire et d'élaborer des propositions de loi pertinentes.

De manière générale, il faut souligner tout d'abord que selon les art. 12, al. 2, et 21, al. 2, LAMal, les assurances complémentaires facultatives à l'assurance obligatoire des soins (AOS) sont soumises à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) et aux règles de la LCA, tandis que l'assurance-maladie obligatoire est surveillée par l'Office fédéral de la santé publique (art. 21, al. 3, LAMal). Les assurés peuvent conclure l'assurance de base et l'assurance complémentaire auprès de différents assureurs (cf. art. 7, al. 7 et 8, LAMal).

Depuis l'adoption du postulat, de nouvelles dispositions légales sont entrées en vigueur aussi bien dans l'assurance sociale que dans l'assurance privée, qui améliorent la transparence dans l'assurance-maladie et donc le niveau d'information des preneurs d'assurance concernant les relations et les différences entre l'assurance de base et l'assurance complémentaire.

Ainsi, depuis 2006, le formulaire d'affiliation à l'AOS ne peut demander d'autres informations que celles qui sont nécessaires à l'admission à l'assurance obligatoire des soins et ne peut exiger aucune donnée sur les assurances complémentaires facultatives (art. 6a de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie¹⁷); le but est que la différence entre assurance obligatoire et assurance facultative soit pleinement transparente pour le preneur d'assurance avant la conclusion du contrat. Depuis la révision partielle de la LCA, les assureurs sont tenus en outre d'informer de manière compréhensible les preneurs d'assurance sur les principaux éléments du contrat avant la conclusion d'une assurance complémentaire. Le projet étend ces obligations en exigeant spécifiquement pour l'assurance-maladie complémentaire des informations sur la méthode de financement, y compris sur la constitution et l'utilisation de provisions de vieillissement (art. 12, al. 2, let. c).

Depuis l'adoption du postulat, l'obligation de présenter toute modification des tarifs et des conditions générales d'assurance dans les assurances-maladie complémentaires a été élargie (art. 4, al. 2, let. r, LSA et art. 5 LSA): l'autorité de surveillance examine si les primes prévues restent dans des limites qui garantissent, d'une part, la

solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA). Sous cet angle, l'assurance-maladie complémentaire constitue, avec l'assurance-vie collective, une exception à la tendance assez marquée dans l'assurance privée à libérer les assureurs de l'obligation de présentation.

Il n'est pas nécessaire de procéder à d'autres modifications de la loi. Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.7 Postulat 07.3395: Primes élevées lors du passage à une assurance individuelle d'indemnités journalières

Le postulat de la conseillère nationale Edith Graf-Litscher charge le Conseil fédéral d'examiner la possibilité de fixer d'une manière socialement plus acceptable l'augmentation des primes lors du passage d'une assurance collective d'indemnités journalières en vertu de la LCA à une assurance individuelle d'indemnités journalières. Cela pourrait se faire par exemple en reformulant les dispositions de libre passage ou en plafonnant le montant des primes.

L'assurance d'indemnités journalières en vertu de la LCA est soumise au droit privé. Le principe de la liberté contractuelle est donc applicable. Par conséquent, les entreprises d'assurance ne sont pas obligées d'accepter dans l'assurance individuelle une personne affiliée jusque-là à une assurance collective. Il est impossible d'introduire une obligation d'admission et d'adopter des règles concernant le calcul et la détermination des primes sans intervenir profondément dans l'autonomie contractuelle.

Les disparités de primes entre l'assurance collective et l'assurance individuelle d'indemnités journalières sont imputables en priorité aux structures de risques différentes. Il incombe aux entreprises d'assurance d'élaborer des modèles tarifaires propres à leur institution. Par ailleurs, les assurances proposant une assurance individuelle d'indemnités journalières sont tenues de soumettre au préalable les tarifs de cette assurance à l'approbation de la FINMA, ce qui n'est pas le cas pour l'assurance collective d'indemnités journalières. On a ainsi la garantie que les tarifs de l'assurance individuelle d'indemnités journalières se fondent sur une base compréhensible.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

1.7.8 Motion 09.3965: Loi sur la surveillance des assurances

Le Conseil fédéral a été chargé d'exclure de la surveillance au sens de la LCA les coopératives d'assurance qui sont étroitement liées à une association, dont l'activité d'assurance n'est pas le but principal et qui ont un effectif d'assurés limité. Le présent projet répond à l'objectif de la motion du conseiller aux Etats Ivo Bischofberger. Nous renvoyons aux explications fournies au ch. 2.6.2.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

2 **Commentaire par article**
2.1 **Titre 1 Dispositions générales**
2.1.1 **Chapitre 1**
Champ d'application et droit semi-impératif

On a renoncé aux dispositions de l'art. 3 du projet mis en consultation (avant-projet de loi sur le contrat d'assurance, AP-LCA), qui réglait les rapports avec le reste du droit privé, car son contenu est une évidence. Sur le plan systématique, la LCA constitue du droit subsidiaire au CO. La LCA est une loi spéciale et prime à ce titre le droit général des obligations. En l'absence de dispositions spéciales, la façon de remédier aux lacunes et l'interprétation reposent sur les principes généraux du CO et du CC¹⁸, ainsi que sur toutes les lois accessoires de droit privé déterminantes dans le droit du contrat.

Art. 1 **Champ d'application**

Al. 1

La présente loi est applicable aux contrats d'assurance et à l'intermédiation d'assurance.

Le champ d'application matériel est décrit de façon positive, du fait du lien établi avec le contrat d'assurance. Les auteurs ont sciemment renoncé à fournir une définition légale du contrat d'assurance, de façon à pouvoir tenir compte des futures évolutions de la notion d'assurance. L'évolution du droit et la délimitation du contrat d'assurance par rapport aux autres actes juridiques doivent de ce fait être laissés à la doctrine et à la jurisprudence.

Par rapport aux dispositions en vigueur, la loi voit son champ d'application légèrement élargi car celui-ci englobe désormais aussi les contrats d'assurance de droit privé émis par des entreprises non soumises à la surveillance des assurances. En effet, l'assuré, qui est la partie à protéger, ne doit pas avoir à se soucier de savoir s'il signe un contrat avec une entreprise soumise ou non à surveillance.

Comme cela été souligné précédemment, toute application des dispositions du projet aux rapports relevant du droit des assurances sociales est exclue d'emblée. De plus, les rapports contractuels de droit public établis avec l'assurance suisse contre les risques à l'exportation (SERV) ainsi que les rapports d'assurance avec les établissements cantonaux d'assurance immobilière sont exclus du champ d'application du projet.

Les dispositions relevant de lois spéciales, portant sur des rapports d'assurance de droit privé, demeurent bien entendu elles aussi réservées. Les dispositions pertinentes de la LAMal priment les dispositions du projet, notamment pour les assurances-maladie complémentaires.

Al. 2

L'exclusion des contrats de réassurance du champ d'application du droit du contrat d'assurance correspond au droit actuel (art. 101, al. 1, ch. 1, LCA).

Dans le domaine de la réassurance, les assurances sont des parties contractantes qui disposent des connaissances spécialisées correspondantes et qui ne nécessitent donc aucune protection. Les usages en matière de réassurance jouent en outre un rôle important pour l'interprétation du contrat; c'est pourquoi il faut se garder d'empiéter sans nécessité avec une loi nationale sur les usages acceptés sur le plan international. Pour ces raisons, il convient de continuer à exclure les contrats de réassurance du champ d'application du projet.

Art. 2 Droit semi-impératif et droit dispositif

Al. 1

Un objectif central du projet est de garantir aux assurés une protection raisonnable, qui réponde aux réalités actuelles du point de vue de tous les intéressés. C'est à cette fin que l'on intègre dans la loi des garde-fous, sous forme de dispositions semi-impératives, pour les situations où il existe des inégalités trop importantes entre les parties en ce qui concerne l'information ou les possibilités de négocier les clauses du contrat. Le domaine de protection des dispositions doit en ce sens s'étendre non seulement aux contrats conclus avec les consommateurs, mais aussi à ceux conclus avec les petites et moyennes entreprises. Le besoin de protection de ces entreprises résulte également du caractère spécifique de la matière, qui reste difficile à maîtriser même pour des personnes expertes en affaires du fait de ses particularités et de sa complexité. Les dispositions semi-impératives sont énumérées à l'annexe 1.

L'avant-projet prévoyait un catalogue de dispositions impératives auxquelles on n'aurait pu déroger ni au détriment de la personne assurée, ni à celui de l'entreprise d'assurance. Lorsqu'on examine le catalogue de plus près, cependant, on constate que ce qui semblait clair au premier abord peut prêter à confusion. Il y est par exemple précisé que le champ d'application de la loi est impératif, ce qui amène à se demander si dans l'absolu, le champ d'application relève de l'accord des parties et s'il pourrait être réglé différemment dans la mesure où cela répondrait à l'intérêt des deux parties. Les mêmes questions se posent pour d'autres dispositions telles que les règles régissant la faillite des entreprises d'assurance, les dispositions relatives au lieu de l'exécution ou les dispositions transitoires, impératives aux termes de l'avant-projet. En toute logique, des dispositions impératives de ce type ne sont pas du ressort des parties puisqu'elles ont été mises en place dans l'intérêt commun. D'autres dispositions désignées comme impératives dans le catalogue ne s'inscrivent pas dans l'intérêt commun mais touchent aux droits de tiers; c'est le cas par exemple du droit de la personne lésée d'intenter une action directe. Or ce type de droits échappent au règlement contractuel entre assureur et assuré, car ces derniers ne peuvent disposer des droits de tiers. Il n'est dès lors pas nécessaire de préciser expressément le caractère impératif de ce type de droits. Dans cette optique, la catégorie des dispositions impératives s'avère également problématique pour ce qui touche aux grands risques, pour lesquels l'avant-projet préconise une approche dispositive. Il aurait ainsi été possible d'attenter aux droits de tiers dans le cadre des contrats portant sur de grands risques, ce qui ne peut avoir été l'intention des auteurs. Un autre problème était qu'il aurait toujours fallu distinguer, pour les dispositions impératives, entre celles que l'on pourrait modifier dans l'intérêt des deux parties et celles que l'on ne pourrait pas modifier, soit du fait de l'intérêt commun, soit pour sauvegarder des droits de tiers.

L'établissement d'un catalogue de dispositions impératives aurait de toute évidence rendu les choses plus confuses. La solution qui s'impose est de renoncer à préciser la nature impérative de certaines dispositions. Il est également possible d'assurer la protection de la partie la plus faible au moyen de dispositions semi-impératives. Diverses dispositions contenues dans le projet restent bien entendu impératives sans qu'il soit besoin de le préciser expressément, que ce soit comme nous l'évoquions plus haut parce qu'elles s'inscrivent dans l'intérêt commun ou répondent au souci de protéger des tiers, ou parce que des raisons pratiques empêchent de l'inscrire dans la loi (champ d'application de la loi, règles applicables à la faillite, etc.).

Al. 2

Une exception se justifie, comme expliqué plus haut, concernant les grands risques, car les preneurs d'assurance concernés disposent en général de structures (services juridiques, etc.) qui leur permettent de défendre convenablement leurs intérêts. Aux termes de l'al. 2, les dispositions semi-impératives de la loi en la matière sont réputées de nature dispositives. Dans le cas des assurances-crédit et des assurances-caution, il faut en outre tenir compte du fait que les mêmes produits sont également proposés par des banques. Comme ces dernières échappent à toute restriction relative à la structure de ces produits, l'égalité de traitement entre concurrents exige qu'il en aille de même pour les entreprises d'assurance. Enfin, les modalités d'exécution de l'assurance-crédit et de l'assurance-caution présentent en de nombreux points de grandes divergences par rapport aux autres branches d'assurances.

Le projet mis en consultation prévoyait pour l'assurance-crédit, l'assurance-caution et pour l'assurance-transport une disposition particulière, selon laquelle les dispositions semi-impératives et les dispositions impératives seraient de droit dispositives. On renonce ici à prévoir une disposition en la matière dans des alinéas séparés comme dans le projet mis en consultation. Les réglementations sont couvertes par les modifications apportées à l'art. 2. Les dispositions semi-impératives sont toujours de droit positives pour ces domaines.

Al. 3

L'al. 3 définit les grands risques. La définition est partiellement reprise de l'art. 101*b*, al. 6, LCA et combinée aux nouvelles normes du code des obligations (droit de la révision) relatives aux petites et moyennes entreprises qui ont été adoptées récemment par le Parlement. La notion de grand risque recouvre ainsi non seulement les entreprises à partir d'une certaine taille, mais également certains risques quelle que soit la taille de l'entreprise.

Pour un preneur d'assurance qui dépasse les critères de taille définis dans la loi ou qui conclut un contrat d'assurance dans le secteur défini, il est judicieux de ne prévoir aucune clause de protection semi-impérative, puisque celui-ci devrait disposer de ressources ou de connaissances suffisantes pour sauvegarder ses intérêts.

La réglementation concernant les grands risques opère une segmentation au sein de la LCA, souhaitée par diverses parties. Du fait de la complexité de la matière, une segmentation différenciée sur l'ensemble du texte de loi serait difficile à réaliser. Il s'avère en revanche judicieux d'entrer davantage dans les détails pour certaines dispositions. On se reportera également au commentaire de l'art. 7 concernant les résultats de l'analyse d'impact de la réglementation (AIR).

Al. 4

Selon une idée largement répandue, les assurances-voyage comptent parmi les assurances de transport considérées comme un grand risque. Le droit en vigueur admet que dans les assurances-voyage, qui interviennent typiquement dans des affaires de masse, l'on déroge aux dispositions semi-impératives de la LCA en défaveur du preneur d'assurance. L'attribution, purement fortuite sur le plan de la systématique, de l'assurance-voyage à une exception prévue pour les transports commerciaux ne paraît pas pertinente et entraîne dans beaucoup de cas des résultats choquants. L'assurance-voyage ne sera donc plus considérée comme un grand risque, et les dispositions semi-impératives seront applicables.

Art. 3 Rapport avec la prévoyance professionnelle

Pour les contrats d'assurance-vie (soumis en principe à la LCA) passés entre institutions de prévoyance et entreprises d'assurance, les dispositions pertinentes de la prévoyance professionnelle (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁹, loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)²⁰ et ordonnances correspondantes) ont préséance sur les dispositions du projet. La formulation de la loi établit clairement que les obligations prévues par le projet pour les preneurs d'assurance ne s'appliquent aux institutions de prévoyance que s'il n'existe pas d'obligations contraires dans les prescriptions de la prévoyance professionnelle.

**2.1.2 Chapitre 2
Conclusion et caractère contraignant du contrat**

2.1.2.1 Section 1 Aboutissement et révocation

Art. 4 Proposition de conclusion du contrat

Contrairement au droit actuel, qui repose sur la conception du preneur d'assurance-proposant, le projet de révision contient une formulation neutre selon laquelle aussi bien le preneur d'assurance (potentiel) que l'entreprise d'assurance peuvent être des proposant. En ce sens, cette disposition établit clairement ce que l'on considère comme allant de soi dans le droit général du contrat.

Art. 5 Proposition émanant de l'entreprise d'assurance

Al. 1 et 3

Pour des raisons tenant à la sécurité du droit, l'entreprise d'assurance doit fixer un délai pour sa proposition, c'est-à-dire mentionner la durée pendant laquelle le preneur d'assurance peut accepter la conclusion du contrat. Le délai commence à courir à la date de réception de la proposition.

¹⁹ RS 831.40

²⁰ RS 831.42

Al. 2

Afin d'améliorer la situation du preneur d'assurance dans les affaires de masse, le délai de l'entreprise d'assurance doit être de trois semaines au moins dans le cas des contrats passés avec des consommateurs. Le consommateur obtient ainsi un délai d'examen et de réflexion approprié, qui lui laisse également la possibilité de demander des offres comparatives.

Le consommateur (utilisateur) au sens de la LCA est une personne physique qui passe un contrat ne pouvant être rattaché à son activité professionnelle ou commerciale. Pour définir les contrats de consommateurs, le projet utilise la description négative, et par conséquent plus large, que l'on rencontre par exemple dans la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC)²¹.

Art. 6 Propositions spéciales

La disposition reprend pour l'essentiel la réglementation en vigueur (art. 2 LCA), selon laquelle le délai de réaction de l'entreprise d'assurance est fixé uniformément à trois semaines, pour des raisons pratiques. Conformément au principe de la réception, le délai commence à courir au moment où l'entreprise d'assurance reçoit la proposition. Contrairement à ce qui est le cas dans le droit actuel (art. 2, al. 3, LCA), la proposition d'augmenter la somme assurée tombe également dans le champ d'application de l'art. 6.

Art. 7 Droit de révocation

La disposition introduit un délai de révocation de deux semaines pour tous les contrats d'assurance. Le projet va ainsi plus loin que les directives de l'UE en la matière, qui ne prévoient un tel droit de révocation que pour les assurances-vie (art. 35 de la directive 2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, JO L 345 du 19.12.2002, p. 1²²), ainsi que pour les contrats d'assurance dommages conclus à distance (directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JO L 271 du 9.10.2002, p. 16; modifiée en dernier lieu par la directive 2007/64/CE, JO L 319 du 5.12.2007). Dans l'UE, la plupart des pays se sont limités à transposer la directive pour les assurances-vie. Seul un petit nombre d'entre eux a étendu le droit de révocation à tous les contrats d'assurance. La complexité des autres contrats d'assurance n'étant pas moindre, il paraît justifié de les inclure dans le champ d'application du droit de révocation.

Se fondant sur une analyse économique, l'AIR a conclu à la pertinence d'un droit de révocation dans les affaires de clientèle privée. Dans le secteur de la clientèle commerciale, les auteurs ont en revanche estimé qu'il n'y avait pas lieu de ménager un droit de révocation aux entreprises dotées d'un service d'achat de produits d'assurances professionnel et structuré, s'appuyant sur des courtiers indépendants ou des agents d'assurance, ou encore un spécialiste interne de la gestion des risques.

²¹ RS 221.214.1

²² Cette directive est remplacée par la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) (refonte), JO L 335 du 17.12.2009, p. 1.

Une solution pragmatique a été proposée qui consistait à n’octroyer un droit de révocation qu’aux entreprises de moins de dix collaborateurs. Le projet renonce à opérer une telle différenciation du fait de son caractère arbitraire. En effet, une petite entreprise fiduciaire de moins de dix collaborateurs disposerait de toutes les connaissances techniques nécessaires pour pouvoir se passer d’une protection de ce type, au contraire d’une PME artisanale plus grande, mais dont le personnel ne pourrait traiter que des questions juridiques relativement simples.

Al. 1 et 4

Le droit de révocation doit concerner non seulement la conclusion du contrat proprement dite, mais également sa modification, qui peut avoir pour le preneur d’assurance une portée juridique et économique comparable.

L’al. 4 n’exclut le droit de révocation que pour les contrats d’assurance collective de personnes, les couvertures provisoires et les accords d’une durée inférieure à un mois. Pour les contrats d’assurance collective, la protection des travailleurs, dont les intérêts pourraient être mis en péril par une révocation, passe au premier plan (cf. art. 35 de la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l’assurance directe sur la vie, selon lequel un droit de révocation n’est prévu que pour l’assurance individuelle sur la vie). Pour les couvertures provisoires, leur durée généralement courte plaide contre l’octroi d’un droit de révocation.

Contrairement aux directives européennes, qui présupposent une durée de contrat de six mois au moins pour l’exercice du droit de révocation dans l’assurance-vie (cf. art. 35, al. 2, de la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l’assurance directe sur la vie), l’al. 1 octroie un droit de révocation à partir d’une durée d’un mois. Le projet est inspiré de l’art. 6, al. 2, let. b, de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, selon lequel le droit de révocation est exclu pour les assurances de voyages et de bagages ou pour des contrats d’assurance similaires à court terme d’une durée inférieure à un mois. Il s’agit de garantir ainsi que seules les conventions de moindre importance en raison de leur courte durée seront exclues du droit de révocation.

Selon le projet de révision, la révocation doit être établie en la forme écrite. En référence aux dispositions du code de procédure civile du 19 décembre 2008²³ et de la loi fédérale du 18 décembre 1987²⁴ sur le droit international privé, la notion de «forme écrite» recouvre également d’autres types de forme permettant de garder une trace écrite. Les auteurs ont ainsi voulu répondre à la critique fréquemment exprimée dans le cadre de la consultation, selon laquelle le projet ne tiendrait pas suffisamment compte de l’évolution des techniques de communication électroniques. Lorsque la forme écrite est impérativement exigée au sens des art. 13 ss CO, il en est fait expressément mention dans la législation pertinente.

Al. 2

Pour tous les types de contrats d’assurance, le droit de révocation prend fin deux semaines après la conclusion ou la modification du contrat.

²³ RS 272

²⁴ RS 291

Al. 3

Le délai est respecté si la déclaration est parvenue à l'entreprise d'assurance ou a été déposée à La Poste Suisse le dernier jour. L'indication à titre alternatif de l'aspect de la réception doit permettre également d'autres formes de transmission telles que la transmission électronique ou la communication par fax.

Art. 8 Effet de la révocation

Al. 1 et 2

Il paraît logique que celui qui révoque sa proposition ou sa déclaration d'acceptation ne puisse pas prétendre à des prestations. La révocation doit donc déployer ses effets *ex tunc*, ce qui signifie que les prestations déjà accordées doivent être restituées. En outre, une obligation de remboursement des frais par le preneur d'assurance est prévue dans la mesure où elle est justifiée par les circonstances. On peut penser par exemple à de coûteux examens médicaux ou techniques que l'entreprise d'assurance a fait effectuer dans la perspective de conclure le contrat. Pour les modifications de contrats, il va de soi que l'on ne peut exiger de remboursement que pour les prestations effectuées sur la base de la modification.

Al. 3

L'al. 3 institue une exception pour les cas où, malgré la révocation, l'entreprise d'assurance demeure tenue à prestation envers un tiers sur la base d'une loi spéciale. Cette situation peut par exemple se présenter lorsqu'un contrat d'assurance responsabilité civile pour véhicules automobiles tombe à la suite d'une révocation. Selon l'art. 68, al. 2, de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR)²⁵, la suspension et la cessation de l'assurance doivent certes être annoncées à l'autorité compétente. Cependant, à l'égard du lésé, l'absence de protection d'assurance ne produit d'effets qu'à partir du moment où le permis de circulation et les plaques de contrôle auront été rendus, mais au plus tard soixante jours après la notification de l'assureur. Selon les règles de la LCR, la protection d'assurance subsiste pour un temps limité, quand bien même il n'existe plus de contrat d'assurance du fait de la révocation.

Sur la base de l'inopposabilité des exceptions selon l'art. 65 LCR, l'entreprise d'assurance ne pourrait pas en principe opposer au lésé l'absence de contrat d'assurance. Aux termes de l'al. 3 du projet, il ne doit pas être possible d'opposer l'argument de la nullité du contrat à l'assuré; en contrepartie, ce dernier est tenu de verser des primes.

Art. 9 Objet de l'assurance

Non seulement le preneur d'assurance, mais aussi des tiers peuvent être impliqués de diverses manières dans le contrat d'assurance. Le projet laisse en la matière une liberté d'aménagement large, mais non illimitée, qui tient compte des besoins de la pratique tout en prévoyant des restrictions lorsqu'elles s'imposent pour des raisons sociales. Sur ce plan, le projet suit pour l'essentiel le droit actuel.

Comme la plupart des ordres juridiques européens, le présent projet suit lui aussi scrupuleusement la théorie dite des intérêts, selon laquelle l'objet de l'assurance est

déterminé par un intérêt spécifique qui doit être assuré. Est détenteur de l'intérêt celui qui devrait juridiquement supporter le dommage s'il n'existait pas de contrat d'assurance. On tient compte notamment du fait qu'il peut exister entre une personne et une chose des rapports juridiques autres que la propriété qui sont susceptibles d'entraîner une perte patrimoniale pour la personne concernée en cas d'endommagement de la chose. La possibilité d'assurer des choses de tiers dans son propre intérêt ou des choses propres dans l'intérêt de tiers correspond à un besoin de la pratique, digne de protection: l'assurance doit être possible également pour les cas dans lesquels propriété et prise en charge du risque sont distinctes – c'est le cas par exemple dans l'assurance des travaux de construction. Un rapide examen des conditions d'assurance usuelles révèle que dans de telles situations, et ce depuis des décennies, on fait appel à la théorie des intérêts. La notion d'intérêt assuré sert non seulement à décrire l'objet de l'assurance (intérêt assuré ou notion dite technique de l'intérêt), mais elle permet aussi de distinguer l'assurance du pari. Une assurance doit servir à couvrir un risque de perte patrimoniale. Faute d'un tel intérêt économique, on se trouve en présence d'une opération de pari, c'est-à-dire d'une simple obligation naturelle. Finalement, la doctrine des intérêts instaure un système applicable à toutes les assurances, alors que la doctrine de l'objet, en raison de son rattachement à la propriété de la chose assurée, ne peut – strictement parlant – se rapporter qu'à des assurances de choses.

La question de savoir s'il existe une exigence d'intérêt également dans l'assurance de sommes est controversée. La réponse est affirmative dans de nombreux ordres juridiques européens. Il faut admettre que les risques de désavantages économiques ne peuvent pas être évalués avec la même précision que dans l'assurance dommages. En outre, de nombreux ordres juridiques – et notamment l'ordre juridique suisse à l'art. 74 LCA (art. 10, al. 4, du projet) – prévoient qu'une assurance au décès d'autrui ne peut être conclue qu'avec l'assentiment de la personne exposée au risque, qui doit également donner son assentiment pour la désignation ou pour un éventuel changement de bénéficiaire (art. 103, al. 2). Ces exigences sont généralement considérées comme constituant une garantie suffisante de ce que l'assurance-vie serve effectivement à couvrir un intérêt économique au sens d'un risque de perte patrimoniale. Pour ce qui est des autres assurances de sommes, l'art. 9, al. 1, du projet exige également que l'on se base sur un intérêt économique.

Al. 1 et 2

Ces alinéas régissent les formes les plus importantes de l'implication de tiers. Une distinction est opérée entre l'assurance pour son propre compte et l'assurance pour compte d'autrui (al. 1), d'une part, et entre l'assurance personnelle et l'assurance d'autrui, d'autre part (al. 2). La première paire de concepts vise les intérêts assurés. En général, les intérêts assurés sont ceux de la personne qui aurait à supporter le dommage en l'absence d'assurance.

Pour la délimitation entre l'assurance d'autrui et l'assurance personnelle, il s'agit de déterminer la personne exposée au risque ou le propriétaire de la chose assurée. On part pour ce faire de l'idée qu'une assurance couvre les intérêts de la personne exposée au risque (cf. al. 3). Les assurances personnelles pour compte d'autrui (p. ex. assurance-caution professionnelle) ou les assurances d'autrui pour son propre compte (p. ex. assurance des travaux de construction conclue par l'entrepreneur) sont cependant admissibles et ont leur place dans la pratique.

Al. 3

L'al. 3 s'appuie sur le droit en vigueur, mais généralise le principe qui y est fixé. Alors que l'on présumait jusqu'ici que l'assurance était conclue pour le compte du preneur (art. 16, al. 2, LCA), la présomption est désormais en faveur de l'assuré. Pour les assurances personnelles (visées par les dispositions actuelles), c'est le preneur d'assurance, pour les assurances d'autrui la personne assurée. La présomption peut être renversée. Les parties sont toutefois tenues de veiller à la clarté en prévoyant des dispositions contractuelles correspondantes.

Art. 10 Ayants droit et tiers

Al. 1 et 2

La première phrase de l'al. 1 est de droit dispositif et a en fin de compte l'effet d'une nouvelle présomption. La présomption de l'art. 9, al. 3, selon laquelle ce sont les intérêts de l'assuré qui sont couverts, est complétée par la présomption selon laquelle la prétention d'assurance revient au détenteur de l'intérêt, en général donc à l'assuré. Une dérogation est possible, mais à nouveau uniquement moyennant une convention claire respectant la sécurité du droit. Si, par exemple, un expéditeur assure en tant que preneur d'assurance les intérêts du propriétaire au maintien de l'intégrité d'une chose transportée, le droit aux prestations d'assurance revient en principe au propriétaire. Le contrat peut cependant prévoir que l'entreprise d'assurance doit verser ses prestations au preneur d'assurance.

La deuxième phrase de l'al. 1 ainsi que l'al. 2 restreignent la compétence de s'écarter de l'al. 1, première phrase, pour l'assurance-maladie et l'assurance-accidents.

Dans l'assurance individuelle, l'assuré doit donner son accord si les prestations d'assurance ne doivent pas revenir au détenteur de l'intérêt (al. 1, 2^e phrase). Selon la règle générale, en effet, les prestations d'assurance reviennent à la personne qui aurait à assumer les coûts de la maladie ou de l'accident en l'absence d'une assurance. Ce sont en l'occurrence, dans l'assurance personnelle, le preneur d'assurance lui-même et, dans l'assurance d'autrui, une personne ayant le statut de garant (p. ex. un des parents ou l'employeur). Dans les cas où l'argent ne doit pas être versé aux personnes appelées à assumer les coûts d'éventuels sinistres, l'assuré doit savoir que l'argent revient à des tiers s'il tombe malade ou est victime d'un accident. De tels cas devraient certes être rares, mais cette disposition est indispensable pour prévenir d'éventuels abus.

Selon le droit en vigueur, la personne assurée acquiert *ipso jure* un droit direct propre contre l'assureur en cas de survenance de l'événement assuré dans l'assurance-maladie ou l'assurance-accidents collectives (art. 87 LCA); il devient ainsi ayant droit. Dans l'assurance-maladie et l'assurance-accidents collectives, les prestations d'assurance demeurent payables impérativement à la personne assurée, ainsi que le prévoit l'al. 2.

Al. 3

Dans l'assurance pour compte d'autrui, le droit en vigueur ne permet pas de compenser les indemnités pour sinistres avec les primes encore dues (art. 17, al. 3, LCA). En corrélation avec cette clause d'inopposabilité des exceptions, il prévoit une obligation subsidiaire (étroitement limitée) de payer la prime pour le détenteur

de l'intérêt (art. 18. al. 2, LCA). Les deux réglementations ne sont pas adaptées à la situation et il convient de les modifier en conséquence. Ne doit payer les primes que celui qui s'y est engagé envers l'entreprise d'assurance (dans la plupart des cas le preneur d'assurance). Inversement, dans l'assurance pour compte d'autrui également, l'entreprise d'assurance ne doit pas être tenue de fournir à la personne assurée une prestation qu'elle serait en droit, face au preneur d'assurance et sur la base d'une exception découlant du contrat d'assurance, de réduire ou de refuser, et en particulier de compenser.

Al. 4

L'al. 4 reprend la règle établie de l'art. 74, al. 1, LCA. Chacun a le droit de savoir quelles assurances ont été conclues sur sa tête. Cette règle est nécessaire non seulement pour des raisons éthiques, mais aussi parce qu'elle permet d'empêcher que l'on ne mésuse de contrats d'assurance pour des paris (pari aménagé comme contrat d'assurance sur la tête d'une personnalité connue).

Une exception justifiée concerne les assurances-vie collectives conclues par les institutions de prévoyance en faveur du personnel sur la tête des collaborateurs affiliés. Il est difficile d'imaginer un abus dans ce type de cas, étant donné que le preneur d'assurance est tenu d'assurer les collaborateurs affiliés à des conditions prédéfinies. La procédure correspond en outre à une pratique établie²⁶.

Art. 11 Police

Al. 1

La disposition correspond à la première phrase de l'art. 11, al. 1, LCA sur le plan de son contenu. Pour des raisons de sécurité du droit, le preneur d'assurance recevra en principe à l'avenir aussi une police d'assurance le renseignant sur ses droits et obligations découlant du contrat d'assurance.

Al. 2

Cette disposition semi-impérative supprime la fiction d'approbation contraire aux intérêts du preneur d'assurance fixée à l'art. 12, al. 1, LCA, selon laquelle le preneur d'assurance doit demander la rectification de la police dans les quatre semaines après sa réception, faute de quoi même un contenu s'écartant de l'accord passé entre les parties est réputé accepté. L'entreprise d'assurance ne doit plus pouvoir se prévaloir à l'avenir d'un contenu de la police ou d'un avenant à la police qui ne correspond pas à ce qui a été convenu.

Al. 3

La disposition reprend, avec quelques améliorations rédactionnelles, le contenu de l'art. 11, al. 2, LCA. Dans le cadre des devoirs d'information précontractuels (art. 12, al. 1, let. i), le preneur d'assurance doit être renseigné sur son droit d'exiger une copie des déclarations contenues dans la proposition ou remises d'une autre manière sous forme écrite par le proposant.

²⁶ Honsell/Vogt/Schnyder, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel/Genf/München 2001, art. 76 n° 9

2.1.2.2

Section 2 Devoir d'information précontractuel de l'entreprise d'assurance

Art. 12 Contenu

L'assureur est d'ores et déjà tenu de renseigner spontanément le futur preneur d'assurance sur son identité et sur les principaux éléments du contrat de manière transparente et compréhensible. Le but incontesté est qu'une fois conclu, le contrat d'assurance corresponde effectivement à la volonté exprimée réciproquement et de manière concordante par les parties au sens de l'art. 1, al. 1, CO et qu'il reproduise fidèlement leurs intentions.

Pour tenir compte des divergences de vue apparues lors de la consultation, cette obligation précontractuelle est encore améliorée sur certains points dans l'intérêt de toutes les parties concernées. La solution proposée peut également s'appuyer pour une large part sur l'AIR, qui est parvenue à la conclusion que les déficits d'information du preneur d'assurance constituent le principal problème rencontré sur le marché suisse des assurances. Les auteurs accueillent favorablement le complément apporté au catalogue de devoirs d'information, parmi lesquels l'obligation faite aux assureurs vie d'informer quant aux frais d'acquisition. Pour des raisons de sécurité du droit et de coûts, l'introduction d'une énumération non exhaustive des contenus soumis au devoir d'information n'est pas considérée comme souhaitable. Le projet n'a pas repris la proposition de l'AIR visant à réglementer les devoirs d'information par le biais d'une ordonnance. La LCA a pour mission d'ancrer dans la loi les droits et les devoirs essentiels des parties. L'AIR estime à 4 millions de francs les coûts des modifications que devront supporter les entreprises d'assurances et prévoit des délais transitoires relativement longs de façon à réduire ces frais autant que faire se peut.

Au vu des considérations qui précèdent, le projet reprend l'actuel catalogue des devoirs d'information, avec quelques compléments importants et quelques modifications rédactionnelles (art. 3 LCA). Un catalogue exhaustif a été établi afin d'assurer la sécurité du droit.

Al. 1

Let. a: Pour que le preneur d'assurance comprenne clairement avec qui il conclut un contrat, l'entreprise d'assurance doit l'informer de son identité.

Let. b et c: Le devoir d'information relatif aux risques assurés et à l'étendue de la couverture d'assurance comprendra notamment l'obligation de faire une claire distinction entre assurance-maladie obligatoire et assurance-maladie complémentaire dans le contrat. L'information relative au caractère des prestations – assurances dommages ou assurance de sommes – fait elle aussi partie des devoirs d'information précontractuels. Dans l'assurance de choses, la détermination de la valeur de remplacement selon l'art. 87 fait partie de l'étendue de la couverture d'assurance, au sujet de laquelle l'entreprise d'assurance doit renseigner le preneur d'assurance.

Let. d: Le projet soumis à consultation mentionnait la «manière de percevoir les primes» comme une caractéristique distincte. Le présent projet renonce à le faire car l'information correspondante doit être fournie avec les explications sur les primes dues. La disposition en vigueur (art. 3, al. 1, let. b, LCA) est toutefois complétée par le devoir d'informer quant à une éventuelle différenciation des primes selon le sexe.

Contrairement à la législation européenne²⁷, le projet n'interdit pas la différenciation des primes en fonction du sexe, mais exige la transparence à ce sujet. L'idée suivie est que l'on ne peut rien objecter à une différenciation des primes fondée sur le sexe, pour autant que l'attribution à des classes de risques différentes repose sur des données actuarielles et statistiques pertinentes. Etant donné que la tarification conforme au risque est un principe reconnu du droit des assurances privées au même titre que la liberté de l'assureur de constituer des groupes de solidarité en fonction du risque, les différences de primes pour les hommes et les femmes ne constituent pas une discrimination déterminante sur le plan du droit constitutionnel. Une fixation des primes arbitraire, ne reposant pas sur des bases de ce type, ne serait en revanche pas admissible.

Let. e: Cette disposition correspond pour l'essentiel au droit en vigueur (art. 3, al. 1, let. d, LCA). L'entreprise d'assurance doit informer le preneur d'assurance sur le début et la durée du contrat ou de la couverture d'assurance, ainsi que sur le droit ordinaire de résiliation.

Let. f: Ce devoir d'information vise à mettre œuvre le nouveau droit de révocation introduit à l'art. 7.

Let. g: Cette disposition correspond à la l'art. 3, let. g, de la loi en vigueur. Avec l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008 de la révision partielle de la loi sur la protection des données (LPD), la transparence dans la collecte, l'information des personnes concernées et les exigences relatives à un consentement valable au traitement des données ont pris davantage de poids dans le traitement de données personnelles. Le principe selon lequel la collecte de données personnelles, notamment le motif du traitement de ces données, doivent être reconnaissables pour la personne concernée a été ancré à l'art. 4, al. 4, LPD. Il est dans l'intérêt des entreprises d'assurance de procéder d'une manière aussi transparente que possible lors du traitement de données personnelles, notamment pour conserver la confiance des assurés. Idéalement, les informations concernant le traitement de données personnelles pourraient être fournies par le biais d'une notice concernant la protection des données. La recommandation du Conseil de l'Europe Rec (2002) 9 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance pourrait constituer une base. Y sont notamment réglés les points suivants: l'information de la personne concernée, le consentement, la collecte des données, le traitement par des processeurs, la communication des données à d'autres fins, le droit d'accès aux données et à la rectification de celles-ci, la sécurité des données, le transfert transfrontière des données et le marketing direct. Sur la base de ces notices, les consentements exigibles pourraient être aménagés spécifiquement en fonction des branches et des genres d'assurance.

Let. h: Afin d'éviter que le preneur d'assurance ne considère à tort qu'il jouit d'une protection d'assurance dès la conclusion du contrat lorsqu'une clause de régularisation selon l'art. 26 est convenue, il convient de le rendre attentif au contenu de telles clauses.

Let. i: Ce devoir d'information renforce le droit du preneur d'assurance de disposer des bases essentielles du contrat.

²⁷ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37; arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} mars 2011 (C-236/09)

Let. j: Il ne suffit pas qu'un éventuel délai de remise de l'avis de sinistre soit adéquat (art. 34, al. 2), il faut aussi que le preneur d'assurance en soit avisé précontractuellement.

Let. k: Ce devoir d'information vise à renseigner le preneur d'assurance sur son devoir d'annoncer une augmentation du risque et sur les conséquences juridiques découlant d'une réticence.

Al. 2

L'al. 2 institue des devoirs d'information spécifiques pour certaines branches d'assurance.

Let. a: Dans l'assurance protection juridique, le preneur doit savoir avant la conclusion du contrat si le règlement des sinistres a été confié à une entreprise gestionnaire des sinistres selon l'art. 32, al. 1, let. a, LSA. S'il n'y a pas eu transfert, le preneur d'assurance doit être informé de son droit de choisir un mandataire pour défendre ses intérêts selon l'art. 32, al. 1, let. b, LSA.

Let. b: Le preneur d'assurance doit être informé des principes de *calcul de la participation aux excédents*. Il s'agit de l'informer du fait que la participation aux excédents dépend de nombreux facteurs qui sont difficilement prévisibles et sur lesquels on ne peut exercer qu'une influence restreinte. Les principaux facteurs d'influence (évolution des intérêts sur le marché des capitaux, évolution des risques assurés, coûts) doivent être énumérés. Pour la présentation de la *participation aux excédents* dans l'assurance-vie, la réglementation prévoit une information à trois niveaux. Le premier niveau est l'information donnée avant la conclusion du contrat; l'entreprise d'assurance renseigne alors sur les principes et les méthodes de calcul et de distribution des excédents (dont fait également partie un calcul modèle à désigner comme tel); le devoir d'information sur les principes régissant la distribution des excédents englobe les informations sur le système applicable de participation aux excédents, sur les modalités de la répartition entre une participation courante aux excédents et un excédent final, ainsi que sur l'intérêt que ce dernier rapporte. Le deuxième niveau est le développement impératif des points mentionnés à l'art. 105 dans le contrat lui-même. Il en résulte une certaine redondance entre l'information précontractuelle et le contenu minimum impératif du contrat selon l'art. 105. Cette redondance résulte cependant de la nature de l'information précontractuelle. Les mêmes redondances découlent par exemple aussi du devoir d'informer sur l'étendue de la couverture d'assurance (art. 12, al. 1, let. c) et de la description de cette couverture dans les conditions générales d'assurance. Le troisième niveau, enfin, est constitué des communications annuelles de l'entreprise d'assurance sur la distribution effectivement réalisée chaque année et sur le niveau des parts d'excédents individuelles, selon l'art. 105, al. 2. Le preneur d'assurance doit en outre être informé du fait que le calcul de la participation aux excédents ne repose pas sur les résultats du groupe, mais sur le boucllement individuel.

Si un preneur d'assurance ne peut ou ne veut plus maintenir aussi longtemps que prévu le processus d'épargne lié à une assurance-vie constitutive de capital, la loi lui offre deux formes de désinvestissement: *le rachat et la transformation*. La let. b institue également un devoir d'information sur ce point et reprend matériellement le droit existant (art. 3, al. 1, let. e et f, LCA). Par le rachat, le contrat est dissous et l'entreprise d'assurance verse au preneur d'assurance la valeur de règlement. Cette valeur correspond pour l'essentiel à la réserve mathématique d'inventaire diminuée d'éventuelles déductions pour le risque d'intérêt et pour les frais d'acquisition non

amortis. La déduction totale pour le risque d'intérêt et les frais d'acquisition non amortis ne doit pas être supérieure au tiers de la réserve mathématique d'inventaire (art. 127, al. 2, let. g, de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance (OS)²⁸). En cas de transformation, par contre, le contrat n'est pas dissous mais transféré dans un contrat d'assurance libéré du service des primes. La valeur de règlement est alors utilisée comme prime unique pour des prestations d'assurance libérées du service des primes. Outre des indications concernant les possibilités de rachat et de transformation, le devoir d'information implique aussi des indications sur les conditions de ces deux droits formateurs (délai d'attente, valeur minimum, etc.). Il convient de décrire approximativement comment les valeurs de règlement évoluent pendant la durée du contrat. Le client peut alors évaluer à partir de quelle année il peut compter sur quelle valeur de rachat.

L'entreprise d'assurance devra désormais aussi informer le preneur d'assurance sur les *coûts liés à la protection contre le risque ainsi qu'à la conclusion et à la gestion du contrat*, qui sont pris en compte dans le calcul de la prime. La communication de ces coûts, notamment des coûts relativement élevés liés à la conclusion de contrats dans cette branche d'assurance (commission de courtage, p. ex.), se traduira par une plus grande transparence pour le preneur d'assurance, ce qui pourra créer une incitation au renforcement de la concurrence.

Let. c: Dans l'assurance-maladie, enfin, l'information relative à la méthode de financement doit montrer comment cette dernière se répercute sur la structure tarifaire et, ainsi, sur l'évolution des primes (notamment en fonction de l'âge de l'assuré). S'il existe à la fin du contrat un droit au remboursement d'une partie des provisions de vieillissement constituées, il faut en informer le preneur d'assurance; cette information doit également porter sur la manière dont les provisions de vieillissement sont constituées et sur les modalités de leur utilisation.

Art. 13 Forme et moment

Cette disposition permet de corriger la formulation en vigueur, qui pourrait laisser entendre qu'il suffit de remettre les conditions générales d'assurance au preneur d'assurance juste avant la conclusion du contrat. L'obligation d'informer précontractuellement a pour but de permettre la formation de volonté indispensable à la conclusion valide d'un contrat. Or cette formation de volonté n'est possible que si le preneur d'assurance dispose d'assez de temps pour prendre connaissance de façon adéquate des informations et si celles-ci sont formulées de façon compréhensible.

Art. 14 Violation du devoir d'information

Al. 1

Le projet reprend l'art. 3a, al. 1, LCA, selon lequel le preneur d'assurance est habilité à résilier son contrat d'assurance en cas de violation du devoir d'informer.

Al. 2

Contrairement à ce que prévoit la réglementation en vigueur (art. 3a, al. 2, LCA), le délai de résiliation commence à courir non pas à la date de la violation du devoir, mais à celle de la conclusion du contrat, qui peut être déterminée avec exactitude. Le

²⁸ RS 961.011

délai d'un an prévu pour exercer le droit de résiliation apparaît de ce fait trop court, raison pour laquelle il est porté à deux ans.

2.1.2.3 **Section 3** **Obligation de déclarer précontractuelle du preneur d'assurance**

Art. 15 Contenu

Les dispositions proposées tiennent compte dans une large mesure des conclusions de l'AIR. Concernant l'obligation de déclarer contractuelle, celle-ci retient d'une façon générale qu'il convient de retravailler le projet mis en consultation. Les modifications prévues concernant l'importance des faits pour l'appréciation du risque, le nouveau cadre temporel défini pour les cas de réticence, les nouvelles exigences relatives au devoir d'information, ainsi que les conséquences juridiques d'une réticence sont considérées comme une bonne chose du point de vue économique. Les points jugés négatifs sont le nouveau délai de péremption, la limitation de l'extinction de l'obligation de prestation uniquement aux cas de réticence grossière, ainsi que le droit de l'entreprise à une augmentation de la prime à titre rétroactif.

Al. 1

La disposition reprend pour l'essentiel le droit en vigueur, les modifications apportées étant surtout d'ordre rédactionnel.

Al. 2

Selon le droit actuel, sont importants tous les faits de nature à influencer sur la détermination de l'assureur à conclure le contrat ou à le conclure aux conditions convenues (art. 4, al. 2, LCA). Sont considérés comme importants tous les faits au sujet desquels l'assureur a posé des questions précises et non équivoques (art. 4, al. 3, LCA). La réglementation proposée dans le présent projet est plus nuancée sur ce point.

Aux termes de l'art. 15, al. 2, du projet, un fait doit répondre à deux critères pour être considéré comme important. Selon la let. a, il doit tout d'abord exercer une influence concrète et objectivement vérifiable sur l'évaluation du risque à assurer. La présomption formulée à l'art. 4, al. 3, de la loi en vigueur est ainsi supprimée. A l'avenir, le preneur d'assurance n'aura plus à fournir la (difficile) preuve du caractère insignifiant d'un fait; c'est au contraire l'entreprise d'assurance qui aura à en prouver l'importance en cas de litige. La preuve requise est facile à apporter, du moins dans les affaires de masse, dans la mesure où l'importance est établie dès lors que les tarifs et directives de souscription se réfèrent à des éléments de fait incorrectement déclarés. Sont également considérés comme des faits importants non seulement les éléments susceptibles de fonder un risque, mais aussi ceux qui permettent uniquement de conclure à l'existence de facteurs de risque (circonstances indicatives) (ATF 118 II 333 p. 336; 99 II 67 p. 78). La proposition de révision délimite le cadre temporel en précisant que les faits importants pour l'appréciation du risque ne peuvent consister qu'en des faits actuels ou passés. Or il arrive souvent dans la pratique que les preneurs d'assurance soient interrogés sur des faits futurs. Les réponses apportées servent souvent à évaluer la prime, parfois aussi à délimiter l'étendue de la couverture. Aucune certitude n'existe cependant quant aux faits futurs. Il ne s'agit que de suppositions et de spéculations, raison pour laquelle ils ne

peuvent entrer dans le cadre de l'obligation de déclarer et ne sauraient donc faire l'objet d'une éventuelle réticence. On peut toutefois prendre en considération les évolutions identifiables ou prévues selon les circonstances du moment. On peut par exemple envisager de demander au preneur d'une assurance automobile s'il est probable d'après les conditions connues actuellement qu'un certain kilométrage soit dépassé à l'avenir. Le cas échéant, le preneur d'assurance doit en informer l'entreprise. Si en revanche le dépassement n'entre en ligne de compte que plus tard, les règles relatives à l'aggravation du risque s'appliquent.

La let. b restreint par ailleurs les faits déterminants pour le rapport contractuel aux faits sur lesquels l'entreprise d'assurance a demandé des précisions par écrit, de façon compréhensible et précise. Le cercle des faits importants pour l'appréciation du risque est ainsi clairement et explicitement limité aux éléments qui ont fait l'objet de questions concrètes de la part de l'assureur.

L'importance subjective est désormais définie à l'art. 18, al. 1, qui n'admet la résiliation suite à une réticence que dans les cas où la déclaration inexacte a eu une influence effective sur la décision de l'entreprise d'assurance de conclure le contrat ou de le conclure avec le contenu en question.

Art. 16 Objet de l'obligation de déclaration en cas de représentation et d'assurance d'autrui

L'art. 16 définit les personnes de référence pour l'obligation de déclarer lorsque le preneur d'assurance n'effectue pas lui-même la déclaration des risques ou qu'une tierce personne doit être assurée.

Le droit actuel spécifie déjà à l'art. 5, al. 1, LCA qu'en cas de conclusion d'un contrat par un représentant, il convient de déclarer non seulement tous les faits connus de l'assuré, mais aussi tous ceux connus du représentant. Cet article ne prévoit toutefois pas le cas où le représentant ne conclut certes pas le contrat, mais s'acquitte tout de même de l'obligation de déclarer. Cette lacune est désormais comblée par la révision.

Al. 1

En application du principe d'imputation des connaissances, le preneur d'assurance est responsable de la communication de l'ensemble des faits relatifs au risque qui le concernent. Les connaissances du représenté doivent également être déclarées, de manière à éviter qu'un preneur d'assurance de mauvaise foi ne puisse se soustraire aux conditions et aux conséquences d'une réticence en faisant appel à un représentant de bonne foi. Si le preneur d'assurance est représenté par un tiers lors de l'accomplissement de son obligation de déclaration, les faits importants qui sont ou doivent être connus du représentant doivent également être déclarés.

Al. 2

En cas d'assurance d'autrui (art. 9, al. 2), il faut déclarer, en plus des propres connaissances du preneur d'assurance, les faits qui sont connus du tiers assuré et de son éventuel représentant (cf. également art. 5, al. 2, LCA). L'obligation de déclarer concerne le preneur d'assurance, qui doit se renseigner auprès de l'assuré et de son représentant.

Lorsque le preneur d'assurance s'acquitte de son obligation de se renseigner, le tiers ou son représentant ont connaissance de la conclusion prévue du contrat. Il existe

toutefois des circonstances dans lesquelles la personne à assurer n'est pas au courant de la souscription du contrat (p. ex. conducteur encore inconnu dans le cas d'une assurance RC automobile). Tout comme l'art. 5, al. 2, LCA, l'al. 2 instaure une exception pour faire face à ce cas de figure.

L'art. 5, al. 2, LCA prévoit la suppression de l'obligation de déclarer lorsqu'il n'est pas possible d'aviser le proposant en temps utile. Une telle situation étant difficilement imaginable aujourd'hui, cette réserve est obsolète.

Art. 17 Moment déterminant

Cette disposition élimine les problèmes d'interprétation en rapport avec la délimitation de la réticence en matière d'aggravation du risque. Selon l'art. 4 LCA, l'obligation de déclaration précontractuelle s'étend jusqu'à la conclusion du contrat, tandis que les règles sur l'aggravation ne s'appliquent qu'à compter de la souscription. Le preneur d'assurance est donc tenu de communiquer par écrit à l'entreprise d'assurance toute modification de faits importants avant la souscription du contrat. Or la plupart des preneurs d'assurance n'en sont pas conscients et croient à tort avoir rempli leur obligation de déclarer en répondant au questionnaire. Les problèmes surviennent le plus souvent lorsque des faits importants devant être déclarés surviennent pendant l'examen de l'offre par l'entreprise d'assurance. Si le preneur d'assurance s'acquitte de son obligation, mais que sa déclaration ne parvient à l'assurance qu'après que celle-ci a accepté la proposition, l'entreprise ne peut invoquer ni la réticence ni l'aggravation du risque. La nouvelle réglementation proposée corrige cette situation insatisfaisante en étendant la validité de l'obligation de déclaration jusqu'à la remise ou l'envoi des renseignements à l'entreprise d'assurance, et en instaurant par la suite une obligation de déclarer toute augmentation du risque (art. 45).

Art. 18 Droit de résiliation

Les conséquences juridiques de la réticence ont déjà été atténuées avec la révision partielle de la LCA entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Or, cet amendement se limitait aux révisions les plus urgentes (introduction du principe de causalité, droit de résiliation). Aujourd'hui, les nouvelles adaptations visent à améliorer la protection des assurés (art. 18 à 22 du projet).

On a renoncé à reprendre le maintien du contrat malgré la violation de l'obligation de déclaration. Une telle réglementation aurait permis à l'entreprise d'assurance de maintenir un contrat malgré une violation de l'obligation de déclarer, et d'augmenter la prime de façon unilatérale et rétroactive. Au vu notamment des possibles conséquences financières pour le preneur d'assurance, cette clause constitue une importante source de conflits potentielle. De plus, le maintien d'un contrat doit servir les intérêts des deux parties, et ne saurait faire l'objet d'une décision unilatérale. Pour ces différentes raisons, on a renoncé à reprendre cette norme. Bien entendu, les parties restent libres de négocier un nouveau contrat à des conditions différentes.

Al. 1

Comme c'est le cas dans le droit actuel (art. 6, al. 1, LCA), l'entreprise d'assurance est en droit de résilier le contrat par écrit en cas de violation de l'obligation de déclaration, à condition que le preneur d'assurance ait commis une faute. Une négligence légère suffit d'ailleurs à cet égard. Il conviendra toutefois désormais de pren-

dre en compte également la notion subjective de faute, au sens entendu dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. En d'autres termes, il conviendra de tenir compte des qualités et capacités personnelles de la personne chargée de la déclaration des risques pour estimer si oui ou non elle devait avoir connaissance du fait important.

Plusieurs conditions doivent être réunies pour fonder le droit de résiliation du contrat par l'entreprise d'assurance. Tout d'abord, selon la let. a, elle doit avoir commis une erreur d'appréciation du risque en sa défaveur à cause des déclarations erronées. Cela signifie que la situation en matière de risque doit être effectivement pire que celle que s'était représentée l'entreprise d'assurance. Il est toutefois possible que les faits tels que se les représentait l'entreprise d'assurance n'aient pas constitué une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat. L'indication erronée aurait alors certes influé négativement sur l'évaluation du risque, mais n'aurait pas modifié la décision de conclure le contrat ou de le conclure avec le contenu convenu. D'où la condition définie sous b, selon laquelle le contrat n'aurait pas été conclu ou l'aurait été avec un autre contenu en cas d'évaluation correcte des risques (importance subjective).

Les auteurs du projet renoncent à réglementer les cas d'indication inexacte de l'âge, étant donné que cette disposition ne joue plus aucun rôle dans la pratique actuelle.

Al. 2

L'art. 18, al. 2, qui réglemente le délai durant lequel le droit de résiliation peut être exercé, correspond lui aussi au droit en vigueur (art. 6, al. 2, LCA).

Al. 3

La résiliation produit son effet en application du principe de la réception, c'est-à-dire au moment où le preneur d'assurance la reçoit.

Art. 19 Conséquences de la résiliation

Al. 1

Conformément au droit actuel, le droit au refus d'accorder la prestation de l'entreprise d'assurance est conditionné à la *fin du contrat*.

Étant donné les très lourdes conséquences pour le preneur d'assurance d'un refus ou d'une réduction des prestations, il apparaît judicieux d'introduire une réglementation différenciée, s'éloignant quelque peu de la situation juridique actuelle. Aux côtés du principe de causalité, qui était déjà appliqué jusqu'ici et qui se trouve adapté dans le projet de loi, les auteurs du projet introduisent également l'exigence selon laquelle le preneur d'assurance doit avoir commis une faute pour justifier une réduction ou un refus de prestations.

C'est pourquoi le projet prévoit un droit de réduction ou de refus de prestations proportionnel au *degré de la faute*. Un refus total de prestations se justifie dès lors que le preneur d'assurance a intentionnellement omis de déclarer des faits importants. Dans les cas de violation par négligence, la réduction des prestations est proportionnée au degré de la faute.

Le projet de révision reprend en outre le *principe de causalité*. L'obligation d'accorder des prestations ne s'éteint que pour les sinistres dont la survenance ou l'étendue ont été influencées par les faits importants omis ou déclarés de façon inexacte. Le droit en vigueur n'établit pas de distinction selon la part que représente

le fait important dans la survenance ou l'étendue du sinistre. Il va jusqu'à prévoir un droit de refus de prestation généralisé, même en cas de cause partielle, et revêt de ce fait un caractère punitif. La révision corrige ce déséquilibre en limitant dorénavant la possibilité de refuser ou de réduire les prestations aux sinistres dont la survenance ou l'étendue ont été influencées par le fait important pour l'appréciation du risque qui n'a pas été déclaré ou qui l'a été de manière inexacte.

Al. 2

Aux termes de l'al. 2, l'entreprise d'assurance peut renoncer à son droit de refuser d'accorder ou de réduire la prestation au sens de l'al. 1 et choisir à la place d'exiger un remboursement de la différence par rapport à la prime convenue au départ, dans la mesure où une prime plus élevée aurait été appliquée selon le tarif en vigueur et en l'absence d'une violation de l'obligation de déclarer. La formulation choisie établit clairement qu'une adaptation de la prime n'est exigible que pour la période pendant laquelle le risque était effectivement aggravé, soit depuis la date de conclusion du contrat et jusqu'au moment où la résiliation est effective (al. 3). L'entreprise d'assurance peut exercer ce droit en particulier lorsqu'une réticence a certes été constatée, mais que le contrat s'éteint pour une raison indépendante de cet état de fait, du fait d'un dommage total par exemple.

Al. 3

Les dispositions actuelles ne prévoient pas le cas où la couverture aurait été refusée si les faits avaient été déclarés correctement (réserve, p. ex.). Le projet comble cette lacune en accordant une liberté de prestations totale dans les cas où le risque n'aurait pas été assuré, pas même moyennant une prime plus élevée. Etant donné les conséquences possibles de cette disposition, il convient d'assortir celle-ci de certains garde-fous. L'entreprise doit ainsi apporter la preuve irréfutable (au moyen de contrats comparables assortis des mêmes réserves, p. ex.) qu'elle n'aurait pas couvert le risque en question.

Al. 4

L'art. 19, al. 4, reprend le droit en vigueur (art. 6, al. 4, LCA), qui spécifie que si un contrat d'assurance-vie susceptible d'être racheté est résilié, l'entreprise d'assurance est débitrice de la valeur de rachat.

Al. 5

Dans les cas où la réticence a eu une incidence sur le degré de couverture offert par l'entreprise d'assurance, celle-ci a droit à la restitution des prestations déjà fournies, proportionnellement au degré de la faute.

Al. 6

L'al 6 inclut désormais également les cas où le contrat prend fin non pas à la suite d'une résiliation, mais pour d'autres raisons telles que la survenance d'un dommage total assuré, lorsque l'entreprise d'assurance n'apprend la réticence qu'a posteriori.

Art. 20 Violation de l'obligation de déclaration dans l'assurance de grands risques

Dans les affaires de masse, la conclusion des contrats se déroule généralement de telle sorte que le preneur d'assurance, après avoir rempli le questionnaire préétabli,

soumet sa proposition à l'entreprise, qui l'accepte ou la refuse. En matière de grands risques, le processus est différent. Dans ce cas, la souscription se déroule souvent selon une procédure d'appel d'offres. Pour ce faire, le preneur d'assurance remet un dossier décrivant les risques, sur la base duquel l'entreprise d'assurance établit une offre, que le preneur d'assurance accepte ou rejette. En pareil cas, l'entreprise doit aussi pouvoir partir de l'idée qu'elle a été informée correctement des faits pertinents concernant le risque. Elle ne recourt à la possibilité de demander des renseignements ultérieurs qu'à propos d'éléments de risque insuffisamment décrits dans les documents d'appel d'offres. Le preneur d'assurance n'est certes pas tenu de donner spontanément, c'est-à-dire de sa propre initiative, des indications quant au risque. Mais s'il le fait, l'assurance doit pouvoir se fier à ses déclarations. Pour encourager un maximum d'exactitude dans les déclarations, le projet étend les conséquences juridiques de la réticence au preneur d'assurance qui, sans avoir été interrogé à ce sujet, communique sous une forme qualifiée des renseignements incorrects concernant des faits propres à influencer sur l'évaluation du risque à assurer.

Art. 21 Résiliation d'un contrat collectif

Reprenant le droit existant (art. 7 LCA) pour ce qui est de son contenu, cette disposition règle les suites de la résiliation d'un contrat collectif.

Art. 22 Absence de conséquences en cas de violation de l'obligation de déclaration

Comme l'art. 8 LCA, la disposition énumère d'autres circonstances pouvant empêcher l'application des conséquences juridiques d'une réticence.

Il est possible de renoncer à la disposition selon laquelle l'entreprise d'assurance perd son droit de résilier le contrat lorsque le fait non déclaré ou inexactement déclaré cesse d'exister avant la survenance du sinistre (art. 8, ch. 1, LCA), étant donné que dans le présent projet, une réticence n'a de conséquences juridiques que s'il existe une relation causale entre le fait faisant l'objet de la réticence et la survenance de l'événement assuré (principe de causalité). Le projet a en outre supprimé la disposition selon laquelle les conséquences juridiques de la réticence ne s'appliquent pas si l'assureur a renoncé au droit de résilier le contrat (art. 8, ch. 5, LCA). La renonciation à l'exercice de ce droit n'exerce d'effet qu'à l'encontre de l'assureur et elle est donc déjà admise implicitement dans le cadre des dispositions semi-impératives de l'art. 22.

Al. 1

La violation de l'obligation de déclaration n'entraîne de conséquences que si la demande de renseignements fait clairement état de ladite obligation ainsi que des conséquences juridiques possibles d'une réticence. Il garantit ainsi que les sanctions graves des art. 18 ss ne s'appliqueront au preneur d'assurance que si la portée de l'obligation en question ainsi que les conséquences de sa violation lui ont été clairement expliquées au préalable. Un simple renvoi à la loi ne satisfait pas au critère de clarté.

Dans le cas des grands risques, l'obligation d'explication est caduque (art. 20).

Al. 2 et 3

Al. 2, let. a: Comme l'art. 8, ch. 2, LCA, le nouveau droit prévoit que l'entreprise d'assurance ne pourra pas arguer de la violation de l'obligation de déclaration si elle a elle-même provoqué le silence ou la déclaration inexacte. Tout comportement actif ou passif de l'entreprise ayant occasionné l'omission ou la déclaration inexacte lors de la conclusion du contrat est considéré comme ayant provoqué la réticence. Si l'entreprise d'assurance s'est fait représenter par une autre personne au sens de l'art. 69, al. 2, ou de l'art. 67, al. 3, elle doit répondre du comportement de cette personne comme du sien, et cela sans égard à la nature du rapport de droit entre elle-même et cette personne. Le comportement d'agents, en particulier, est assimilé à celui de l'entreprise.

Al. 2, let. b: La disposition reprend, sous forme raccourcie, la teneur des ch. 3 et 4 de l'art. 6, LCA. Lorsqu'elle se fait représenter, l'entreprise d'assurance doit tenir compte des connaissances de son représentant, conformément aux précisions apportées à la let. a.

L'al. 2, let. c, et l'al. 3 reprennent eux aussi, avec quelques modifications rédactionnelles, la réglementation en vigueur (art. 8, ch. 6, LCA). En l'absence de réponse à une des questions posées, l'entreprise d'assurance ne peut pas en principe invoquer de réticence.

2.1.2.4 Section 4 Conventions particulières

Art. 23 Couverture provisoire

La couverture provisoire répond au besoin du preneur d'assurance de disposer d'une couverture avant même la conclusion définitive du contrat, et de combler ainsi la lacune de couverture pendant les négociations. La couverture provisoire constitue un contrat d'assurance indépendant assujéti à la LCA. Malgré sa large application dans la pratique, elle n'a jamais été codifiée. Cette lacune est désormais comblée.

Al. 1

Les couvertures provisoires sont toujours conclues en relation avec un contrat principal. Pour répondre au besoin pratique d'une conclusion rapide et sans difficultés, il doit suffire pour fonder l'obligation de prestation que les parties puissent s'entendre sur les risques couverts et l'étendue de la couverture d'assurance. L'art. 27 du code civil²⁹ définit un cadre pour cette appréciation subjective. Le devoir d'information précontractuelle de l'entreprise d'assurance se limite logiquement aux éléments susmentionnés.

Les conditions générales d'assurance ne font partie intégrante du contrat de couverture provisoire que s'il en a été convenu ainsi.

Al. 2

Les parties ne doivent conclure de convention spéciale concernant le paiement des primes que si celui-ci ne correspond pas à l'usage courant en ce qui touche au principe et à l'étendue.

²⁹ RS 210

Al. 3

Il n'est pas non plus nécessaire de définir expressément la durée du contrat. Sont applicables en l'espèce les dispositions légales selon lesquelles le contrat de couverture provisoire prend fin lors de la conclusion du contrat définitif, que ce soit avec l'entreprise concernée ou avec une autre entreprise d'assurance. En outre, l'al. 3 prescrit la possibilité de résilier en tout temps une couverture provisoire non limitée moyennant un préavis de deux semaines.

Al. 4

Dans une perspective de flexibilité maximale, les couvertures provisoires ne sont pas soumises aux prescriptions particulières en matière de forme de la LCA.

Art. 24 Assurance rétroactive

Un contrat d'assurance est en règle générale conclu pour l'avenir. Il doit offrir une protection contre des événements qui peuvent survenir après la souscription du contrat (après la date d'entrée en vigueur). Dans certains cas, il peut pourtant être nécessaire d'accorder une couverture d'assurance pour le passé. La situation matérielle et juridique n'est pas problématique lorsque le sinistre est considéré contractuellement comme survenu ultérieurement alors que le contrat se rapporte à des activités qui se sont manifestées avant sa conclusion. On peut citer à ce titre les assurances dites «de sinistres déclarés» (*claims made*) en assurance responsabilité civile. Dans le cadre de celles-ci, la survenance de l'événement assuré est conditionnée non pas par l'événement dommageable lui-même, mais par l'exercice des prétentions en responsabilité civile par le lésé.

Pour sa part, le droit en vigueur spécifie qu'un contrat est nul «si au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu» (art. 9 LCA). Dans la pratique, cependant, il arrive régulièrement qu'une assurance ou un contrat soient conclus pour des événements passés, ou étendus à de tels événements.

Al. 1

Pour répondre aux éventuels besoins du marché, les auteurs dérogent à l'art. 10, al. 1, LCA et vont plus loin que celui-ci en laissant aux parties la possibilité de faire se référer l'assurance à une date antérieure à la conclusion du contrat. L'antidatation de la couverture doit également être admise lorsque les parties avaient déjà connaissance de la survenance antérieure d'un sinistre, raison pour laquelle elles voulaient antidater le début des effets du contrat. Il en va de même lorsque les parties ne savent pas précisément si un événement s'est déjà produit ou non.

Al. 2

Le contrat d'assurance rétroactif doit cependant être considéré comme nul lorsque seul le preneur d'assurance savait (ou devait savoir) que l'événement assuré s'était déjà produit avant la conclusion du contrat. Une telle règle tient de la simple application du principe de bonne foi; elle est toutefois explicitement énoncée ici à des fins de clarté. En pareille circonstance, le preneur d'assurance commet souvent également une violation de l'obligation de déclaration précontractuelle. La présente disposition est donc nécessaire pour les situations dans lesquelles le preneur d'assurance n'a pas dû répondre à des questions concrètes avant de conclure le contrat.

Art. 25 Impossibilité de survenance du sinistre

La disposition proposée correspond en partie au cas de «disparition du risque» énoncé dans le droit actuel. Il ne se réfère pas à l'assurance rétroactive, mais envisage le cas dans lequel l'entreprise d'assurance savait (ou devait savoir) que l'événement futur ne pouvait pas objectivement se produire (p. ex. assurance-vie pour une personne déjà décédée ou assurance pour une chose qui n'existe pas). Le contrat est alors également nul, dans la mesure où il serait injuste d'imposer le paiement de primes au preneur d'assurance alors qu'il est évident, dès le départ, que toute contrepartie de l'entreprise d'assurance est exclue.

Art. 26 Clause de régularisation

Al. 1

En principe, les parties sont libres de décider de la date à partir de laquelle le contrat déploiera ses effets, c'est-à-dire de la date à partir de laquelle l'assurance commence à courir. Ainsi, il est possible de convenir, même par le biais des conditions générales d'assurance, qu'aucune couverture ne sera octroyée tant que la première prime ne sera pas versée. En pareil cas, le début des effets du contrat est également fixé à la date à laquelle le preneur d'assurance s'acquitte de sa (première) obligation de prestation. L'entreprise d'assurance doit toutefois renseigner le preneur d'assurance sur une telle clause de régularisation au sens du devoir d'information précontractuel (cf. art. 12, al. 1, let. h, du projet).

Al. 2

L'entreprise d'assurance ne doit toutefois pas pouvoir se prévaloir de cette convention si elle a remis la police avant le paiement de la première prime. Il ne faut pas en effet que le preneur d'assurance soit porté à croire qu'il est assuré dès lors que la police lui a été remise, alors même qu'il ne s'est pas acquitté de sa première prime. Comme dans le droit en vigueur (art. 19, al. 2, LCA), la disposition proposée doit être semi-impérative.

**2.1.2.5 Section 5
Communications et observation des délais**

Art. 27 Communications

Cette disposition correspond à l'art. 43 LCA. Au vu des conséquences graves de la réglementation, son application à l'ensemble des communications de l'entreprise d'assurance, soit également aux communications selon le droit général ou en vertu d'un accord contractuel, ne peut être admise. Dorénavant semi-impérative, la disposition ne peut plus être modifiée dans les conditions générales d'assurance en défaveur du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. L'art. 44 LCA (communications à l'entreprise d'assurance) n'a pas été repris. Dans la pratique, le besoin correspondant ne se fait plus sentir, d'autant que les entreprises ont l'obligation de communiquer de telles informations conformément au droit de la surveillance. Au contraire du projet soumis à consultation (cf. art. 28, al. 2, du projet), le présent projet renonce à édicter formellement une règle instituant la fiction de notification. Il ne serait en effet pas judicieux d'instaurer spécialement une telle règle pour les contrats

d'assurance, sans le faire pour les contrats de bail ou les contrats de travail par exemple.

Art. 28 Respect des délais

La disposition correspond (en inversant l'ordre des éléments) au droit en vigueur (art. 45, al. 2 et 3, LCA).

2.1.3 Chapitre 3 Prime

Art. 29 Echéance

Le versement de la prime convenue représente la principale obligation du preneur d'assurance. La prime est échue au début de la période d'assurance, qui est en général d'un an. En vertu de l'art. 19, al. 1, LCA, cette disposition est de nature dispositive, si bien que les parties peuvent convenir d'une autre période d'assurance. Il en va de même de la définition de l'échéance ainsi que de la répartition éventuelle de la prime selon des unités de temps à l'intérieur de la période d'assurance. Il convient de distinguer l'échéance de la prime du début des effets du contrat. En général, une assurance commence à courir indépendamment de l'échéance de la prime. La possibilité d'ajouter une clause de régularisation au contrat (art. 26 du projet) demeure réservée; celle-ci permet de conditionner le début de la couverture d'assurance au paiement de la première prime.

Contrairement au droit en vigueur (art. 22 LCA), le projet renonce à définir le lieu d'exécution. Sont donc applicables les dispositions générales du droit des contrats, à savoir l'art. 74, al. 2, ch. 1, CO, selon lesquelles la prime doit être payée au siège de l'entreprise d'assurance.

Art. 30 Demeure

Al. 1

Sur le principe, les conditions et les conséquences de la demeure sont réglées par le CO, plus précisément par ses art. 102 ss L'art. 102, al. 1 définit le principe selon lequel le débiteur d'une obligation exigible (en l'occurrence la prime) est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Cela signifie également que l'omission de prestation du débiteur n'entraîne pas la demeure si le créancier n'a pas procédé à la sommation. L'art. 102, al. 2, CO conçoit une exception pour le cas où un jour d'exécution a été déterminé dans le contrat, ou fixé en vertu d'un droit réservé et au moyen d'un avertissement régulier. Contrairement à l'art. 20 LCA, le projet ne prévoit plus que la demeure intervient uniquement après une sommation. Il laisse cette question ouverte. Si le contrat ne précise pas l'obligation de sommation, il convient de déterminer au cas par cas si un jour d'exécution a été déterminé. Si tel n'est pas le cas, une sommation est nécessaire.

Al. 2

Si le preneur d'assurance est en demeure de payer la prime, le contrat d'assurance est maintenu dans un premier temps et l'entreprise d'assurance est tenue de verser la prestation promise en cas de sinistre. La couverture d'assurance dure jusqu'à la

résiliation éventuelle du contrat et le preneur d'assurance est tenu de verser également les primes pour la période concernée, ainsi que les éventuels intérêts moratoires et l'indemnité de retard. L'entreprise d'assurance a toutefois la possibilité de résilier le contrat. Pour ce faire, elle doit d'abord impartir à la personne qui est en demeure pour le paiement de la prime un délai de paiement incompressible de quatre semaines; ce délai commence à courir à compter de la date de réception de la sommation par le preneur d'assurance en demeure. Lors de la fixation de ce délai supplémentaire, l'entreprise d'assurance doit également déclarer qu'elle considérera le contrat comme résilié, ou transformé s'il s'agit d'une assurance-vie, si la prime n'est toujours pas versée à l'échéance de ce délai.

Art. 31 Divisibilité

Cette disposition reprend l'art. 24, al. 1, 1^{re} phrase, LCA entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, avec de petites modifications de nature rédactionnelle et systématique.

L'al. 2, let. a, reprend le contenu de l'art. 24, al. 2, LCA: la prime pour la période d'assurance en cours est due dans son intégralité en cas de dommage total si l'entreprise d'assurance a versé sa prestation. La let. b correspond à la réglementation en vigueur en cas de dommage partiel (art. 42, al. 3, LCA). Si le preneur d'assurance résilie le contrat au cours de l'année qui suit la conclusion, la prime est due dans son intégralité pour la période d'assurance en cours.

Art. 32 Prestations d'assurance avec délai d'attente

Cette disposition correspond à l'art. 118 OS. Elle est reprise dans la LCA dans la mesure où elle relève du droit des contrats du point de vue de sa teneur.

2.1.4 Chapitre 4 Survenance du sinistre

2.1.4.1 Section 1 Incombances du preneur d'assurance et de l'ayant droit

La survenance du sinistre fonde l'obligation principale de l'entreprise d'assurance, à savoir la fourniture de la prestation promise contractuellement. En contrepartie, l'ayant droit est soumis à diverses incombances selon le droit actuel. Par opposition aux obligations en vue de l'exécution du contrat, les incombances sont des règles de conduite auxquelles se conforment l'ayant droit et le preneur d'assurance dans leur propre intérêt, faute de quoi ils encourent un préjudice juridique. L'entreprise d'assurance ne peut ordonner le respect de ces règles car elles ne sont pas exigibles et leur violation ne donne pas droit à une indemnité. Un non-respect peut engendrer une éventuelle réduction de prestations de l'entreprise d'assurance en fonction du degré de la faute (art. 41, al. 5, du projet). Le nouveau droit étend expressément le domaine d'application des incombances au preneur d'assurance en plus de l'ayant droit.

Les défauts de la systématique de l'actuelle LCA sont également patents dans le domaine des incombances. Les dispositions relatives à l'avis de sinistre, à la diminution du dommage et à l'interdiction de changements sont dispersées dans la loi. Le projet, quant à lui, réunit toutes les incombances au même endroit. L'incombance de

prévention et de diminution du dommage (art. 33 du projet) est modifié sur le plan matériel en ce sens que son application est avancée au moment précédant immédiatement la survenance du dommage.

Art. 33 Prévention et diminution du dommage

Cette règle étant intégrée aux dispositions générales, elle s'applique désormais à toutes les branches d'assurance, et non plus uniquement à l'assurance dommages (art. 61 LCA). La conséquence juridique de la violation de l'obligation de diminution du dommage est désormais classée, selon une logique systématique, dans la réglementation applicable à la libération intégrale ou partielle de l'obligation de prestation faite à l'entreprise d'assurance (art. 41, al. 5, du projet).

Sur la base de l'analyse économique, l'AIR considère d'un œil favorable la nouvelle obligation de prévention du dommage. Les entreprises d'assurance doivent cependant avoir la possibilité d'exclure contractuellement des mesures spécifiques de prévention et de diminution du dommage. L'AIR juge également positif le plafonnement à la somme assurée de la prise en charge des frais de prévention et de diminution du dommage. L'actuelle répartition des frais pour la procédure d'expertise (art. 67, al. 5, LCA) pour moitié entre l'entreprise et le preneur d'assurance doit être maintenue. Le projet suit les conclusions de l'AIR sur toute la ligne, à l'exception du dernier point. En ce qui concerne les frais pour la procédure d'expertise, rien ne justifie que ceux-ci ne soient pas supportés dans le cadre de la détermination du dommage (actuellement à la charge de l'entreprise selon l'art. 40, al. 2, du projet).

Al. 1

L'actuelle «obligation de sauvetage» (tit. marg. de l'art. 61 LCA) doit déployer ses effets non seulement *après* la survenance du sinistre, mais également *avant*, c'est-à-dire lorsque le sinistre menace de se réaliser. Cela dit, il faut que le preneur d'assurance ou l'ayant droit soit tenu de prendre des mesures uniquement lorsque la survenance du sinistre est imminente, dans la seule mesure du possible et pour autant que cela puisse raisonnablement être exigé d'eux. L'avancement dans le temps de l'obligation de sauvetage permet de prévenir des sinistres évitables, étant précisé que l'obligation du preneur d'assurance est compensée par celle faite à l'entreprise d'assurance d'indemniser les frais engagés pour les mesures prises, à concurrence de la somme assurée convenue (art. 40 du projet). Cette règle met un terme absolu et objectif à la vieille controverse relative à la reconnaissance d'une obligation de sauvetage exercée par anticipation.

La nouvelle règle ne s'oppose pas aux accords contractuels qui ont pour objet la réduction du risque ou la prévention de l'aggravation de celui-ci mais ne servent pas à prévenir directement le sinistre.

Al. 2

L'incombance qui concerne la requête d'instructions auprès de l'entreprise d'assurance existe déjà dans le droit actuel. Les entreprises d'assurance souhaiteront préciser davantage cette clause dans les conditions générales d'assurance.

Art. 34 Avis de sinistre

L'obligation d'aviser reprend dans les grandes lignes l'art. 38 LCA. Ici aussi, la sanction est extraite de la disposition et réglée dans le cadre du programme de pres-

tations de l'entreprise d'assurance (cf. art. 41, al. 1, let. b, et al. 5 du projet). La possibilité de prescrire contractuellement la forme écrite pour l'avis de sinistre n'est plus mentionnée, car elle est évidente.

Art. 35 Renseignements

Al. 1

En vertu de la réglementation en vigueur, le preneur d'assurance et l'ayant droit qui font valoir des prestations sont tenus de fournir certains renseignements. En effet, la prétention d'assurance ne devient exigible qu'une fois qu'ils se sont acquittés de cette obligation. Comme jusqu'à présent, l'entreprise d'assurance peut exiger des renseignements nécessaires d'une part à la constatation des circonstances dans lesquelles le sinistre est survenu et, d'autre part, à la détermination de l'étendue de l'obligation de prestation.

Al. 2

L'obligation de fournir des pièces déterminées, qui doit être définie contractuellement, correspond sur le fond au droit en vigueur (art. 39, al. 2, ch. 1, LCA), mais revêt désormais un caractère semi-impératif. Les conséquences juridiques d'une violation de cette obligation découlent à nouveau de l'art. 41, al. 5, du projet. En raison de la nature semi-impérative de l'art. 41, il n'est plus admissible que l'entreprise d'assurance menace, dans ses conditions générales d'assurance, de mettre un terme à son obligation de prestation si l'obligation de renseignement n'est pas remplie.

Art. 36 Interdiction de changement

L'art. 36 correspond sur le fond à l'actuel art. 68, al. 1, LCA. Ici aussi, les conséquences juridiques sont réglées par l'art. 41 du projet.

2.1.4.2 Section 2 Prestation de l'entreprise d'assurance

Art. 37 Somme assurée

Al. 1

L'entreprise d'assurance doit pouvoir connaître et limiter son engagement maximal afin de planifier ses capacités et ses besoins en réassurance. La somme assurée constitue le plafond en question. Elle représente l'indemnité maximale que doit verser l'entreprise d'assurance.

Al. 2

Les limitations (p. ex. selon lesquelles la somme assurée est disponible une seule fois pour l'ensemble des sinistres d'une année) demeurent admises, mais doivent être clairement convenues. A défaut, les parties peuvent supposer que la somme assurée est intégralement disponible pour chaque sinistre survenu.

Art. 38 Echéance et demeure

Al. 1

En ce qui concerne l'échéance de la prestation, l'art. 38 se conforme largement au concept en vigueur (art. 41, al. 1, LCA). Le nouveau libellé implique également qu'une prestation n'est exigible que lorsque le preneur d'assurance ou l'ayant droit a satisfait à l'obligation d'aviser en cas de sinistre (art. 34 du projet) et à l'obligation de renseigner (art. 35 du projet). Déjà présent dans la loi actuelle, le délai dit de délibération commence à courir après que l'entreprise d'assurance a reçu les informations suffisantes. Il est de quatre semaines, au terme desquelles la prestation d'assurance est échue. Ainsi, l'échéance peut intervenir avant que l'entreprise d'assurance ait pu se convaincre effectivement du bien-fondé de la prétention. Cette solution est acceptable dans la mesure où elle permet à l'ayant droit qui a rempli ses incombances de faire valoir son droit en justice même si ce dernier n'est pas encore disponible.

Cette disposition présente un caractère semi-impératif, de sorte que les conventions d'échéances en défaveur du preneur d'assurance ne sont plus possibles. Dès lors, le nouvel article peut renoncer à la règle actuelle, qui prévoit la nullité des clauses stipulant que la prétention n'est échue qu'après avoir été reconnue par l'assureur ou constatée par un jugement définitif (art. 41, al. 2, LCA).

Al. 2

A l'échéance d'une prestation d'assurance, l'entreprise est immédiatement en demeure si elle ne s'exécute pas. Cette règle s'appuie sur l'art. 102, al. 2, CO. Les conséquences qui s'appliquent à la demeure sont les mêmes que celles prévues par les prescriptions générales du CO.

Art. 39 Acomptes

Al. 1

Il arrive souvent qu'une entreprise reconnaisse son obligation de prestation sur le principe, mais qu'elle en conteste le montant. Le nouveau droit accorde désormais à l'ayant droit le droit d'exiger des acomptes de l'entreprise d'assurance à l'échéance du délai de délibération prévu à l'art. 38 du projet. Ces acomptes sont évidemment limités au montant incontesté, c'est-à-dire au montant reconnu par l'entreprise d'assurance. L'entreprise doit déterminer celui-ci en toute bonne foi et, en cas d'arbitraire, l'ayant droit peut faire déterminer le montant par un tribunal.

Il ne faut pas confondre les acomptes avec les *versements provisionnels*. Il y a versement provisionnel lorsqu'une entreprise d'assurance effectue un versement partiel et de manière anticipée alors même que l'obligation sous-jacente de prestation n'est pas encore déterminée.

Al. 2

L'al. 1 s'applique par analogie aux cas où plusieurs personnes font valoir une prétention à une prestation ou lorsqu'on ne sait pas encore s'il existe encore d'autres ayants droit. Le cas échéant, les acomptes peuvent être exigés dans la mesure où il est établi (ou dans la mesure où l'entreprise d'assurance ne nie pas) que plusieurs personnes ont chacune un droit incontesté à une prestation à concurrence d'un montant déterminé.

Art. 40 Frais de prévention, de diminution et de détermination du dommage

Al. 1

L'entreprise d'assurance supporte les frais de prévention ou de diminution du dommage (art. 33). Comme dans le droit en vigueur (art. 70, al. 1, LCA), ceci vaut également pour les cas où les mesures en question sont restées infructueuses, pour autant toutefois que le preneur d'assurance ou l'ayant droit ait pu les juger opportunes. Néanmoins, l'entreprise n'est pas tenue de prendre à sa charge les prestations qui dépassent la somme assurée convenue. Cette clause se justifie par le fait que les frais de sauvetage peuvent rapidement atteindre des sommes astronomiques en cas d'accident de grande ampleur (p. ex. incendie dans un tunnel, explosion dans une grande usine).

Al. 2

L'entreprise d'assurance est également tenue de prendre à sa charge les frais de détermination du dommage (cf. art. 67, al. 5, LCA). Ici aussi, son obligation se limite à la somme assurée. Cette réglementation s'applique indépendamment de la mise à charge des frais par le tribunal.

Al. 3

Si l'entreprise d'assurance a provoqué les frais de diminution, d'évaluation et de détermination du dommage, c'est à elle de les supporter en toute logique, même si leur total cumulé à d'autres prestations dépasse la somme assurée. Il s'agit de l'un des cas prévus par la loi (disposition semi-impérative) où l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance n'est pas plafonnée à la somme assurée (cf. règle générale spécifiée à l'art. 37, al. 1, du projet). L'art. 70, al. 1, LCA prévoit également un dépassement de la somme assurée en ce qui concerne la prise en charge des frais de sauvetage, mais cette disposition est uniquement de nature dispositive.

Al. 4

L'entreprise d'assurance peut réduire les frais à supporter proportionnellement à son éventuel droit de diminuer sa prestation (p. ex. en vertu de l'art. 41 du projet).

Art. 41 Libération de l'obligation de prestation et réduction de la prestation

Al. 1 à 3

Ces dispositions reprennent en grande partie les art. 14 et 40 LCA, mais s'en écartent tout de même sur certains points.

L'al. 1 énumère les conduites qui donnent lieu à une libération intégrale de l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance et supposent une faute qualifiée de la part du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. La faute, qui se fonde sur la capacité de jugement du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, implique une provocation intentionnelle du sinistre, conformément à la let. a. L'intention peut être considérée comme la forme la plus grave de la préméditation: le but du comportement est de provoquer le sinistre (de manière illicite). La préméditation directe, qui vise notamment à causer un sinistre, doit être traitée comme l'intention. Ici aussi, la libération de l'obligation de prestation est justifiée par le degré de la faute. Ceci ne vaut toutefois pas pour le dol éventuel, auquel cas l'auteur du sinistre accepte sciemment la réussite du dol, même s'il ne l'approuve pas nécessairement. Le dol éventuel, que

l'on peine à distinguer de la négligence grave dans la pratique, ne justifie pas une libération intégrale de l'obligation de prestation. C'est pourquoi il est traité conjointement à la négligence grave dans l'al. 2 et induit une réduction de la prestation dans la mesure correspondant au degré de la faute. La let. b (à l'instar de l'art. 40 LCA) entend sanctionner la justification frauduleuse de prestations d'assurance. La tromperie peut porter tant sur la justification que sur l'étendue de la prestation d'assurance à laquelle il est prétendu. La réglementation revêt un caractère semi-impératif. En ce qui concerne la prestation, la disposition ne peut pas être modifiée au détriment du preneur d'assurance. Naturellement, une résiliation pour justes motifs au sens de l'art. 53 du projet demeure réservée.

Si le preneur d'assurance a causé le sinistre par suite d'un dol éventuel ou d'une négligence grave, l'entreprise d'assurance peut, conformément à l'al. 2, réduire sa prestation dans la mesure correspondant au degré de la faute.

En cas de négligence mineure ou moyenne, la réduction de la prestation d'assurance doit être exclue selon l'al. 3 (à l'instar de l'art. 14, al. 3, LCA). L'obligation de verser l'intégralité des prestations en dépit d'un sinistre causé par négligence ne contrevient pas au principe des conséquences juridiques adaptées au degré de la faute en cas de violation d'incombances. Elle correspond au contraire à l'essence même du rapport d'assurance, en vertu duquel le preneur d'assurance souhaite se prémunir précisément contre les risques qui, expérience faite, menacent de se réaliser au quotidien malgré tout le soin habituel qu'il pourrait apporter.

Al. 4

Cette disposition reprend partiellement la prescription actuelle de l'art. 14, al. 3, LCA, qui règle le cas où le sinistre assuré est causé par une personne des actes de laquelle le preneur d'assurance ou l'ayant droit doit répondre. Le cas échéant, la réduction pourrait reposer sur la faute du tiers ou sur celle du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, ou encore sur la faute conjointe du tiers et du preneur d'assurance/ayant droit.

Le projet considère la faute du preneur d'assurance ou de l'ayant droit comme le seul critère décisif. Il n'est plus possible d'invoquer la faute du tiers. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit a commis une faute grave en relation avec la surveillance, l'engagement ou l'admission du tiers, l'entreprise d'assurance est en droit de diminuer sa prestation en fonction du degré de la faute, par analogie à la règle énoncée à l'al. 2. Si par exemple, un employeur confie un véhicule à un employé et que ce dernier cause un accident sous l'influence de l'alcool, l'entreprise d'assurance est tenue à l'intégralité de la prestation en assurance responsabilité civile et en assurance casco; elle dispose toutefois d'un droit de recours contre l'employé. Par contre, si l'employeur confie par négligence grave un véhicule défectueux à un employé et que ce dernier cause un accident sans être fautif (ou par négligence mineure), l'entreprise d'assurance est tenue à l'intégralité de la prestation en assurance responsabilité civile (droit d'intenter une action directe) et à des prestations réduites en assurance casco. Dans l'assurance responsabilité civile, l'entreprise d'assurance dispose en outre à l'encontre de l'employeur d'un droit de recours pour négligence grave, qu'elle peut imputer sur les prestations d'assurance casco réduites. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit se rend coupable d'un comportement intentionnel (p. ex. lors de la surveillance d'une tierce personne), l'entreprise d'assurance peut même exclure l'intégralité de sa prestation.

Al. 5

L'al. 5 correspond à l'actuel art. 15 LCA, qui règle l'interdiction de la réduction des prestations lorsque le sinistre a été provoqué en relation avec l'accomplissement d'un devoir d'humanité. A la différence de l'avant-projet, le présent projet ne renonce pas à cette disposition, car il est possible de causer intentionnellement un sinistre en accomplissant un devoir d'humanité. En pareil cas, l'entreprise d'assurance doit, indépendamment du degré de la faute commise, fournir la totalité des prestations.

Al. 6

La violation d'une incombance entraîne un préjudice juridique à charge du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. Ledit préjudice consiste en une libération partielle ou intégrale de l'obligation de prestation faite à l'entreprise d'assurance, l'étendue de la libération étant liée au degré de la faute imputable au preneur d'assurance ou à l'ayant droit. Si par exemple, le preneur d'assurance ne satisfait pas à son obligation de diminuer le dommage inscrite à l'art. 33 du projet, l'entreprise d'assurance a le droit de réduire ses prestations en fonction de la faute si les autres conditions sont remplies. Il incombe à l'entreprise d'assurance de prouver le degré de la faute qui justifie la réduction. Pour des raisons de causalité, l'entreprise d'assurance n'est pas en droit de réduire ses prestations si la violation des incombances n'a exercé aucune influence sur son obligation de prestation. C'est au preneur d'assurance ou à l'ayant droit qu'il appartient d'apporter la preuve y afférente. L'al. 5 se réfère tant aux obligations juridiques que contractuelles, ce qui atténue l'importance de la différence entre les deux. Enfin, cet alinéa concerne également l'atteinte au droit de recours par l'ayant droit définie à l'art. 72, al. 2, LCA.

Art. 42 Lieu de l'exécution

Contrairement à la disposition générale de l'art. 74 CO, les entreprises d'assurance sont tenues de remplir au domicile suisse de la personne assurée les obligations que leur assignent les contrats, obligations qui peuvent comprendre aussi le versement de prestations. Si le domicile du tiers assuré est situé à l'étranger, le lieu de l'exécution est celui du siège de l'entreprise d'assurance. Cette réglementation du lieu de l'exécution est de nature semi-impérative. Elle s'applique à toutes les obligations de l'entreprise d'assurance induites par le contrat d'assurance.

Art. 43 Droit de gage sur la chose assurée

Cette disposition reprend l'art. 57 LCA. Elle est nécessaire pour assurer au créancier le droit de gage en cas d'extinction de la chose assurée faisant l'objet d'un gage (cf. art. 801 CC).

2.1.5 Chapitre 5 Modification du contrat

2.1.5.1 Section 1 Augmentation et diminution du risque

Art. 44 Modification du risque

La section commence par une définition. La modification du risque est liée au fait même de la violation de l'obligation de déclaration dans la mesure où l'article fait référence aux dispositions qui la règlent non seulement en ce qui concerne la pertinence du fait important pour l'appréciation du risque, mais aussi le moment déterminant de la modification. Un risque est donc modifié lorsque des faits importants pour l'appréciation du risque, au sens de l'art. 15, al. 2, du projet sont modifiés de manière durable. La référence aux faits importants pour l'appréciation du risque signifie notamment qu'une éventuelle modification doit concerner les faits sur lesquels l'entreprise d'assurance a exigé des renseignements. De facto, le preneur d'assurance doit donc se tenir au courant, pendant le rapport d'assurance, des faits sur lesquels l'entreprise d'assurance a exigé des renseignements fournis par écrit. La modification est déterminante lorsqu'elle entraîne un nouvel état de risque, bien que le projet de loi renonce à décrire précisément la nature et l'étendue du risque. Le moment déterminant de la modification du risque correspond à l'exécution de l'obligation de déclaration visée à l'art. 17 du projet: il y a modification du risque lorsqu'un fait important pour l'appréciation du risque se modifie après avoir été annoncé à l'entreprise d'assurance en application de l'obligation de déclarer. Cette règle claire permet de prévenir les actuelles obligations d'annonce ultérieure, que les assurés tendent à ignorer, et à déplorer.

Art. 45 Augmentation du risque

Al. 1

L'obligation de déclaration incombe au preneur d'assurance. Si des tiers sont assurés par un contrat, il est suffisant que l'annonce soit effectuée par le tiers assuré, même si le preneur d'assurance reste responsable de l'annonce.

Al. 2 à 4

Ces dispositions règlent les conséquences d'une augmentation du risque. Le projet ne distingue plus entre l'augmentation du risque par le fait et sans le fait du preneur d'assurance (cf. art. 28 et 30 LCA). Effectivement, le fait (même innocent) du preneur d'assurance ne justifie pas la grande différence établie par le droit en vigueur en matière de conséquences juridiques. Depuis longtemps déjà, la pratique diverge donc régulièrement de la loi. Par ailleurs, les conditions générales d'assurance traitent fréquemment de manière égale l'augmentation du risque par le fait ou sans le fait du preneur d'assurance. La différence doit donc résider davantage dans l'annonce (cf. al. 5).

Si une augmentation du risque est avérée, l'entreprise d'assurance doit, selon l'al. 2, avoir le droit de décider de s'en tenir ou non au contrat. Si elle souhaite poursuivre le contrat, elle est en droit d'adapter la prime au moment de l'augmentation du risque.

En pareil cas, le preneur d'assurance est en droit de résilier le contrat, conformément à l'al. 3.

Si le contrat est résilié – par l’entreprise ou par le preneur d’assurance – la première a le droit, selon l’al. 4, d’augmenter la prime jusqu’à l’extinction du contrat à partir de la date de l’augmentation du risque dans la mesure où une prime plus élevée aurait été appliquée selon le tarif en vigueur. Dans tous les cas, une adaptation de prime est due puisque l’entreprise d’assurance couvre un risque plus élevé. L’entreprise d’assurance doit pouvoir justifier l’ampleur de l’augmentation de la prime; elle ne peut toutefois pas être empêchée de se baser sur ses tarifs. Les tribunaux tranchent en cas de litige.

Al. 5

Comme les dispositions sur l’exclusion et la réduction de la prestation de l’entreprise d’assurance au sens de l’art. 41 du projet, la disposition fixée à l’al. 5 prévoit que l’entreprise d’assurance peut réduire ou refuser sa prestation dans la mesure où une augmentation du risque n’a pas été déclarée lorsque la faute en incombe au preneur d’assurance. Une négligence légère suffit déjà à fonder la faute du preneur d’assurance, mais ceci doit influencer sur l’étendue de la réduction de la prestation. Un refus de prestation se justifie donc lorsque l’augmentation du risque n’a intentionnellement pas été déclarée. Il faut cependant un lien causal entre l’augmentation du risque non déclarée et la survenance ou l’étendue de l’obligation de l’entreprise d’assurance. En l’absence d’un tel lien, il ne peut en résulter aucun préjudice pour le preneur d’assurance, même en cas d’omission fautive de déclarer l’augmentation du risque.

Art. 46 Diminution du risque

En cas de diminution du risque, le preneur d’assurance est en droit de résilier le contrat ou d’exiger une réduction de la prime. Comme il n’est pas toujours évident de déterminer avec exactitude une diminution du risque et le moment de cette dernière mais que, par ailleurs, l’entreprise d’assurance ne prend aucun risque à poursuivre le contrat sans modification, il n’est pas nécessaire de fixer un délai de déclaration de la diminution du risque. Le preneur d’assurance a le droit de résilier le contrat si l’entreprise d’assurance refuse de réduire la prime ou s’il n’est pas d’accord avec la réduction proposée. En l’occurrence, la résiliation doit avoir lieu par écrit dans les quatre semaines qui suivent la date de réception de la prise de position de l’entreprise d’assurance; la résiliation du contrat déploie ses effets quatre semaines après la date de réception par l’entreprise d’assurance.

Art. 47 Contrat collectif

Cette disposition reprend pour l’essentiel l’art. 31 LCA. Elle exprime cependant mieux le droit du preneur d’assurance en cas de résiliation du contrat collectif par l’entreprise d’assurance suite à une augmentation du risque (art. 45, al. 2, du projet); le preneur d’assurance doit pouvoir exiger, en effet, que le contrat soit poursuivi pour les parties non concernées par l’augmentation du risque.

La résiliation par l’entreprise d’assurance des parties contractuelles concernées par l’augmentation du risque peut entraîner une modification du cercle des personnes ou des objets assurés. Il peut en résulter par ailleurs une prime moyenne différente ou plus élevée selon les circonstances. Pour cette raison, le nouveau droit ne doit obliger le preneur d’assurance qui exige que le contrat soit poursuivi pour les parties du

contrat non concernées par l'augmentation du risque qu'à s'acquitter de la prime tarifaire pour l'autre partie du contrat.

2.1.5.2 Section 2 Adaptations unilatérales du contrat

Art. 48 Clause d'adaptation des primes

Cette clause porte sur les augmentations de primes qui interviennent pendant la durée du contrat. Le droit actuel ne prévoit aucune règle en la matière, sauf pour les assurances-vie (art. 132 OS). Les clauses d'adaptation des primes telles que pratiquées actuellement permettent aux entreprises d'assurance de modifier leurs primes moyennant une simple déclaration unilatérale.

Selon le projet, les clauses d'adaptation des primes sont uniquement admises si une modification essentielle des circonstances déterminantes pour le calcul des primes survient après la conclusion du contrat. La modification essentielle doit se justifier par des circonstances objectives. Il ne suffit donc pas que l'entreprise d'assurance ait, par exemple, mal évalué le risque à la conclusion du contrat ou qu'elle ait attiré le preneur d'assurance par une offre alléchante. Une modification des conditions générales d'assurance ne constitue pas non plus une justification suffisante. Demeure réservée la contestation du contrat sur la base des dispositions générales du CO concernant le vice du consentement.

Si l'entreprise d'assurance fait usage d'une clause d'adaptation, elle doit communiquer la hausse des primes au preneur d'assurance en la forme écrite. La communication indique les motifs de l'augmentation et fait état du droit de résiliation du preneur d'assurance visé à l'art. 48, al. 3, du projet. L'augmentation entre en vigueur à la date communiquée au preneur d'assurance par l'entreprise d'assurance, mais au plus tôt huit semaines après la réception de la communication. Pour sa part, le preneur d'assurance est en droit de faire parvenir à l'entreprise d'assurance une résiliation du contrat jusqu'à la date de l'augmentation de la prime, c'est-à-dire au plus tôt huit semaines après avoir reçu la communication de l'augmentation de prime. Contrairement au projet mis en consultation, le projet actuel prévoit un délai de huit semaines au lieu de quatre. Le délai de quatre semaines paraît en effet trop court pour permettre au preneur d'assurance de rechercher et de conclure une assurance-maladie complémentaire et risquerait d'entraîner des lacunes de couverture.

Si l'augmentation de prime ne concerne qu'une partie du contrat – par exemple un seul risque ou certains risques en particulier – la résiliation peut ne porter que sur cette partie. Si le preneur d'assurance ne résilie qu'une partie du contrat, le reste du contrat demeure valable et l'entreprise d'assurance n'a aucune possibilité de s'en départir de manière extraordinaire.

Avec le nouveau droit de résiliation ordinaire de trois ans prévu par le projet (art. 52), l'entreprise d'assurance a désormais la possibilité de résilier le contrat, notamment si elle s'est trompée dans les calculs, et de se départir d'un risque non désirable. Dès lors, les conséquences d'une clause d'adaptation restrictive des primes ne sont pas disproportionnées pour l'entreprise d'assurance. Du point de vue du preneur d'assurance, la clause atténue la probabilité que l'entreprise d'assurance lui notifie une résiliation ordinaire conformément aux nouvelles règles puisque l'adaptation des primes est admise en cas de modification des circonstances. De fait,

le risque diminue pour le preneur d'assurance de ne pas pouvoir se réassurer à temps et de subir ainsi une lacune de couverture.

Du point de vue de l'AIR, cette réglementation est positive pour des raisons économiques et sociales. L'analyse AIR parvient également à la conclusion que les clauses d'adaptation des primes engendrent des frais de transaction moindres par rapport à la voie de la résiliation ordinaire.

Art. 49 Modification des conditions générales d'assurance

Cette disposition reprend la réglementation de l'art. 35 LCA. Elle ne s'applique qu'aux nouvelles conditions générales d'assurance offertes pour un risque identique, et, partant, ne concerne pas les modifications des conditions générales d'assurance effectuées dans le cadre des contrats courants. Même si cette disposition ne joue pas un grand rôle dans la pratique, le droit du preneur d'assurance de bénéficier de nouveaux produits et de nouvelles solutions doit être maintenu.

L'al. 3 octroie à l'entreprise d'assurance le droit de refuser la poursuite du contrat aux nouvelles conditions. Le refus n'est cependant possible que si la modification du contrat entraîne une augmentation du risque assuré, par exemple lorsqu'une entreprise d'assurance reformule ses conditions générales d'assurance et élargit ce faisant le cercle des risques assurés par l'assurance-maladie complémentaire. Si l'entreprise d'assurance exerce son droit de refus, le contrat est maintenu aux anciennes conditions.

L'al. 3 ne s'applique pas au droit du preneur d'assurance, énoncé à l'art. 112 du projet, de conclure un contrat aussi équivalent que possible dans un portefeuille ouvert. L'al. 3 part du principe de la poursuite d'un contrat existant, tandis que l'art. 112 accorde le droit de conclure un nouveau contrat.

2.1.6 Chapitre 6 Fin du contrat

2.1.6.1 Section 1 Extinction légale du contrat

Art. 50 Disparition de l'intérêt économique assuré

Jusqu'à présent, la LCA ne réglait pas explicitement la disparition de l'intérêt économique assuré. Dans de tels cas, la doctrine dominante accorde toutefois un «droit d'annulation» au preneur d'assurance (divers motifs possibles). Le projet clarifie désormais la situation. Le contrat s'éteint *ipso iure* si l'intérêt économique assuré disparaît pendant la durée du contrat; aucune résiliation de l'une des parties n'est requise. L'intérêt économique assuré disparaît lorsque, d'un point de vue objectif, l'événement assuré ne peut plus survenir. Le preneur d'assurance doit annoncer la disparition de l'intérêt assuré à l'entreprise d'assurance si elle n'est pas déjà au courant.

L'al. 2 dispose que les prétentions découlant d'événements assurés qui sont déjà survenus sont réservées. Cela concerne par exemple le versement de rentes résultant d'un accident en vertu de l'assurance responsabilité civile. L'al. 2 exprime au fond une évidence, qui découle déjà de l'art. 56 du projet. Cette disposition est toutefois utile pour des raisons de mise au point, notamment en ce qui concerne les sinistres non encore survenus pour des cas d'assurance déjà existants.

Art. 51 Changement de propriétaire

Cette disposition reprend la réglementation de l'art. 54 LCA en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2009.

2.1.6.2 Section 2 Résiliation du contrat

Art. 52 Résiliation ordinaire

Il avait déjà été proposé, lors du projet de révision partielle de la LCA (en 1998), d'inscrire un nouveau droit de résiliation ordinaire dans la loi. A titre de justification, il avait été estimé que les contrats d'assurance à trop long terme ne correspondaient plus aux conditions régissant la concurrence entre entreprises d'assurance. Cette constatation est toujours d'actualité. Il convient en outre de souligner qu'avec la disparition de l'obligation d'approbation des conditions générales d'assurance, l'autorité de surveillance n'exerce en principe plus aucune influence sur les dispositions concernant la durée des contrats d'assurance. L'AIR recommande elle aussi de prévoir pour la clientèle privée un droit de résiliation ordinaire au bout d'une année. Pour la clientèle commerciale, l'introduction d'un droit de résiliation ordinaire n'est pas jugée nécessaire. Mais au vu des réserves exprimées quant à une segmentation du marché entre clientèle privée et clientèle commerciale, le projet prévoit un droit de résiliation ordinaire applicable à tous les preneurs d'assurance.

L'AIR préconise ensuite d'exclure en règle générale, dans l'assurance-maladie complémentaire comme dans l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie, tout droit de résiliation ordinaire des entreprises d'assurance, sachant qu'en concluant de telles assurances les preneurs d'assurance s'assurent précisément contre le risque d'être un mauvais risque. Le raisonnement est en soi correct. Mais si le projet renonce malgré tout à prévoir une telle dérogation, c'est que rien n'indique que dans ces domaines, les entreprises d'assurance fassent un usage abusif de leur droit de résiliation. Il faut donc se garder d'empiéter sans nécessité sur la liberté contractuelle.

L'introduction d'un droit de résiliation ordinaire amène à se demander dans quelle mesure une résiliation en cas de sinistre, prévue dans le droit actuel à l'art. 42 de la LCA et faisait partie intégrante du projet mis en consultation (art. 55 AP-LCA), est encore opportune. En l'occurrence, il peut s'avérer difficile pour le preneur d'assurance confronté à un sinistre de conclure un nouveau contrat en cas de résiliation par l'entreprise d'assurance. D'un autre côté, il peut trouver juste de s'adresser à une autre entreprise d'assurance, surtout s'il est d'avis que le sinistre n'a pas été réglé de manière satisfaisante. Quant aux entreprises d'assurance, elles auraient aussi tout intérêt à pouvoir se défaire des «rôleurs», une fois le sinistre réglé.

Le présent projet ne retient toutefois pas la possibilité de résiliation en cas de sinistre. En effet, d'une part il sera désormais possible de résilier le contrat au bout de trois ans, puis chaque année. D'autre part, on ne peut procéder de façon convaincante, pour chaque partie, à une pesée des intérêts susmentionnés quant à une telle possibilité de résiliation. Mais surtout, il faut partir de l'idée qu'un contrat sert par nature à protéger des risques. Tant le preneur d'assurance que l'entreprise d'assurance s'attendent notamment, lors de la conclusion du contrat, à ce que l'assurance déploie ses effets pendant la durée précisée dans le contrat, pour laquelle

la probabilité de survenance d'un sinistre est statistiquement connue. On ne comprend donc guère pourquoi il devrait être possible de résilier un contrat dès que survient un événement assuré, alors même qu'à l'origine le contrat avait précisément été conclu afin de régler les conséquences de ce genre de situation. Si dans un quelconque rapport contractuel une partie s'estime lésée par le comportement de l'autre partie et que ce comportement est contraire aux obligations contractuelles, elle dispose des voies de recours usuelles. Ce comportement devra sinon être toléré. On ne voit pas pourquoi il en irait différemment pour le contrat d'assurance. L'AIR est également favorable à la suppression générale du droit de résiliation en cas de sinistre, compte tenu de la possibilité nouvellement prévue de résiliation ordinaire.

Al. 1

Le droit de résiliation ordinaire (accordé aux deux parties contractuelles) permet de mettre fin aux liens contractuels au bout de trois ans au plus tard. La fixation du délai de résiliation pour la fin de l'année d'assurance en cours permet de fixer les primes – qui comprennent aussi les coûts de prospection – sur une base annuelle.

Al. 2

Les parties doivent pouvoir convenir que le contrat est déjà résiliable avant la fin de la troisième année. En pareil cas, le preneur d'assurance ne doit pas être discriminé par rapport à l'entreprise d'assurance. Le droit de résiliation ne doit donc pas être octroyé de manière unilatérale: une convention doit mettre les deux parties sur un pied d'égalité.

Al. 3

L'assurance-vie doit être exclue du champ d'application. Un délai de résiliation réduit s'applique en pareil cas, en vertu de l'art. 106 du projet.

Une réserve est formulée pour éviter que le droit de résiliation ordinaire ne serve à contourner les prescriptions de la LAMal protégeant les assurés contre une résiliation abusive des assurances complémentaires.

Art. 53 Résiliation extraordinaire

Al. 1

A l'instar de nombreux autres contrats, un contrat d'assurance doit pouvoir être résilié en tout temps pour de justes motifs. La résiliation extraordinaire n'est pas liée au respect de délais particuliers. Malgré le droit de résiliation ordinaire prévu par la loi, il existe toujours des situations qui empêchent l'entreprise d'assurance ou le preneur d'assurance de continuer le contrat.

Al. 2

Constitue notamment un juste motif, conformément au droit général des contrats, toute circonstance dans laquelle les règles de la bonne foi ne permettent plus d'exiger la continuation du contrat de la part de la personne qui le résilie. Un traitement déloyal du preneur d'assurance ou une escroquerie à l'assurance de la part du preneur d'assurance peuvent constituer des motifs suffisants. Il incombe aux tribunaux de développer une pratique adéquate en cas de litige, compte tenu de l'art. 2 CC. Il est toutefois plutôt rare d'en arriver à une résiliation extraordinaire; en

cas de doute, il convient de renvoyer les parties à la résiliation ordinaire au sens de l'art. 52 du projet.

Un droit de résiliation spécifique s'applique par ailleurs aux cas de transfert d'un portefeuille suisse d'assurance en vertu de la législation sur la surveillance des entreprises d'assurance (cf. art. 62 LSA). Mais comme un tel droit relève expressément du droit de la surveillance des entreprises d'assurance, il n'est pas nécessaire de le mentionner dans le présent projet.

Art. 54 Résiliation en cas d'activité non agréée

Comme c'est le cas actuellement (cf. art. 36 LCA «Retrait»), le preneur d'assurance est en droit de résilier le contrat de manière extraordinaire si l'agrément pour l'exercice d'une activité d'assurance a été retiré à l'entreprise d'assurance. Le preneur d'assurance est dorénavant en droit de résilier le contrat de manière extraordinaire si l'entreprise d'assurance soumise à autorisation ne dispose pas de l'agrément nécessaire à l'exercice de l'activité d'assurance. Le législateur a précisé qu'en pareils cas, la continuation du contrat ne peut être raisonnablement exigée. Cette disposition est coordonnée à l'art. 61, al. 3, LSA, qui prévoit qu'après le retrait de l'agrément, une entreprise d'assurance ne peut ni conclure de nouveaux contrats d'assurance, ni prolonger les contrats en cours ou étendre les couvertures définies.

L'autorité de surveillance établit dans le détail comment une entreprise d'assurance peut poursuivre son activité. Elle réglera aussi les modalités de la poursuite des contrats d'assurance non résiliés.

2.1.6.3 Section 3 Conséquences de la fin du contrat

Art. 55 Prolongation de couverture

Le risque assuré – p. ex. un accident – peut très bien se réaliser pendant la durée du contrat d'assurance et le sinistre – p. ex. soins, perte de gain – ne survenir qu'après l'échéance du contrat. Or en principe, l'obligation de l'assureur d'allouer des prestations suppose, de manière cumulée, que le risque assuré aussi bien que le sinistre assuré se soient produits pendant la durée du contrat. Selon l'art. 57 AP-LCA mis en consultation, l'entreprise d'assurance aurait également dû couvrir les sinistres se produisant pendant les cinq années suivant l'expiration du contrat, pour autant que le risque assuré se soit réalisé pendant la durée du contrat (principe de causalité). Or cette réglementation a soulevé de vives protestations, surtout parmi les assureurs, qui ont déploré l'interdiction de la règle du moment où la demande d'indemnisation a été déposée (*claims-made principle*). En outre, les assureurs ont reproché aux nouvelles dispositions d'empêcher la poursuite d'un système bien établi dans l'assurance-maladie complémentaire et dans l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie. La réglementation proposée ici tient compte de cette critique.

L'AIR accueille favorablement ces dispositions dans une perspective économique et sociale, même si globalement une restriction générale de la liberté des assureurs de choisir à partir de quel moment ils sont tenus de verser des prestations (*claims-made principle*) ne lui paraît pas souhaitable. Dans le cas des assurances usuelles protégeant les consommateurs, l'AIR propose de rétablir, pour des raisons d'ordre économique, le principe de causalité. En ce qui concerne l'assurance collective

d'indemnités journalières en cas de maladie, il indique qu'il faudrait respecter la convention de libre passage applicable dans ce contexte. Le présent projet tient compte dans une large mesure de ces réflexions.

Al. 1

En principe, la prolongation de couverture fait partie de l'idée générale que l'on se fait d'une assurance: si un risque assuré se réalise pendant la durée du contrat, l'entreprise d'assurance qui était alors partie au contrat doit répondre de tous les dommages liés à sa réalisation, indépendamment du moment de leur survenance. L'obligation faite à l'entreprise d'assurance ne saurait toutefois être illimitée. D'où sa limitation, sur le plan temporel, aux sinistres survenant dans les dix années qui suivent l'expiration du contrat.

Al. 2

La réglementation de l'al. 2 tient compte dans une large mesure des critiques des assureurs. D'une part, elle excepte du régime semi-impératif de prolongation de couverture les assurances responsabilité civile professionnelle ou commerciale, permettant notamment aux assureurs de continuer à prévoir la règle du moment où la demande d'indemnisation a été déposée (*claims-made principle*). Cette règle recouvre toutes les assurances responsabilité civile n'ayant pas été conclues par une personne physique à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (assurance responsabilité civile privée). Par souci de cohérence avec l'art. 5, al. 2, du projet, qui parle d'activité commerciale ou professionnelle, l'al. 2 emploie également la notion de «responsabilité civile professionnelle ou commerciale», bien qu'elle soit redondante par rapport à la notion communément admise de responsabilité civile professionnelle.

D'autre part, l'assurance-maladie selon la LCA est également réservée dès lors que le preneur d'assurance passe d'une entreprise d'assurance à une autre et que toutes deux prévoient le principe du traitement médical. Selon ce principe, l'obligation d'allouer des prestations prend naissance à la date du traitement suivi (assurance obligatoire des soins) ou au moment de l'incapacité de travail (assurance d'indemnités journalières). Elle est par conséquent indépendante de la date du début de la maladie.

Art. 56 Cas d'assurance en suspens

Al. 1

En vertu de cette disposition, une entreprise d'assurance n'a pas le droit de supprimer unilatéralement ses obligations de prestation ou de les réduire lorsque le contrat prend fin après la survenance du sinistre. L'entreprise d'assurance fournit les prestations auxquelles elle s'est engagée par contrat, quand bien même le contrat d'assurance serait résilié de manière anticipée (en cas de dommage partiel p. ex.).

Al. 2

Fait exception à la disposition relative aux conséquences des cas en cours l'assurance-maladie selon la LCA, dès lors que le preneur d'assurance passe d'une entreprise d'assurance à une autre et que toutes deux prévoient le principe du traitement médical. La convention de libre passage en vigueur entre les entreprises

d'assurance³⁰ est applicable avec la réglementation proposée (cette convention prévoit notamment que les sinistres en cours passent au nouvel assureur dès la date du changement d'assurance).

2.1.7 Chapitre 7 Exécution forcée

Art. 57 Faillite de l'entreprise d'assurance

Comme dans le droit en vigueur (art. 37, al. 1, LCA), un contrat d'assurance prendra également fin à l'avenir en cas de faillite de l'entreprise d'assurance. Il apparaît judicieux en effet de faire une distinction en cas de faillite et de fixer la fin de tous les contrats d'assurance à la même date. Mais comme il peut arriver que le preneur d'assurance ne trouve pas tout de suite une entreprise d'assurance pour conclure un nouveau contrat, un délai transitoire de huit semaines est prévu, à compter de la publication de la décision de faillite, avant l'extinction des contrats. Sont réputées ici créances de faillite les créances nées après l'ouverture de la faillite, mais avant l'expiration du délai de huit semaines. Les créances de faillite sont par définition des créances nées avant l'ouverture de la faillite. Les créances nées après l'ouverture de la faillite sont généralement des créances de la masse, qui seront satisfaites en premier. Une telle précision est ici nécessaire, afin d'éviter que les prestations d'assurance nées après l'ouverture de la faillite ne soient privilégiées.

Il est judicieux que dans ce contexte, le devoir d'informer le preneur d'assurance incombe non plus à l'entreprise en faillite, mais à l'autorité de surveillance.

Les dispositions spéciales prévues dans l'actuel art. 37, al. 2 à 4, LCA ne sont pas reprises dans le projet. D'abord, ce dernier prévoit des réglementations particulières en ce qui concerne l'assurance-vie (cf. art. 105 s. sur la fin anticipée et la transformation d'un contrat d'assurance-vie). Ensuite, comme une réglementation générale s'applique désormais en ce qui concerne le principe de la divisibilité de la prime (cf. art. 31 du projet), il est superflu de prévoir une réglementation spéciale en cas de faillite. Enfin, les prétentions en dommages-intérêts demeurent réservées. Par contre, ces dernières s'appuyant sur les art. 41 ou 97 CO – les bases légales ne doivent donc pas être fournies par la LCA.

Art. 58 Faillite du preneur d'assurance

Al. 1

Depuis 2006, la LCA prévoit qu'en cas de faillite du preneur d'assurance, le contrat prend fin à la date d'ouverture de la faillite (art. 55, al. 1, LCA). La teneur de l'ancienne disposition (art. 54) était la suivante: «En cas de faillite du preneur d'assurance, la masse lui succède dans le contrat. Sont applicables les dispositions relatives au changement de propriétaire.» Apparemment, cette disposition a été modifiée lors de la révision des prescriptions sur le changement de propriétaire sans que les auteurs soient pleinement conscients des conséquences de la nouvelle réglementation. La disposition inscrite dans la loi en 2006 peut entraîner de sérieux problèmes, notamment lorsque des tiers sont impliqués dans le cadre de l'assurance

³⁰ Convention de libre passage du 1^{er} janvier 2006 pour l'assurance collective d'indemnités journalières maladie.

responsabilité civile. Il est donc proposé de revenir à l'ancien système, qui prévoit que le contrat reste en vigueur et que l'administration de la faillite est tenue de l'exécuter. Toutefois, les dispositions sur la fin du contrat demeurent réservées, afin de permettre notamment à une entreprise d'assurance concernée par la faillite d'un preneur d'assurance de résilier le contrat si la prime n'est pas réglée.

Al. 2

Comme dans le droit en vigueur, les prestations découlant de l'assurance des objets insaisissables demeurent réservées. En d'autres termes, les droits correspondants ne tombent pas dans la masse en faillite, dans la mesure où ils sont nécessaires au preneur d'assurance en vue du remplacement des objets insaisissables ayant été détruits. La réglementation reprend dans une formulation plus ouverte l'art. 55, al. 2, LCA.

Art. 59 Saisie et séquestre

Cette disposition reprend l'art. 56 LCA, qui précise les modalités de paiement d'une chose assurée en cas de saisie ou de séquestre.

Art. 60 Extinction de la désignation de bénéficiaire

Cette disposition se réfère à l'art. 79 LCA, mais elle ne relève plus de l'assurance des personnes du point de vue systématique et figure désormais sous le chapitre de l'exécution forcée. Ce transfert systématique tient notamment compte de l'ordonnance du 10 mai 1910 du Tribunal fédéral concernant la saisie, le séquestre et la réalisation des droits découlant d'assurances d'après la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (OSAss)³¹. Bien que cette ordonnance porte essentiellement sur l'assurance des personnes, elle contient des dispositions régissant l'assurance dommages. Le cas échéant, les adaptations nécessaires suite à la présente révision relèveront de la compétence du Conseil fédéral (ordonnance du 22 novembre 2006 relative à la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite; OHS-LP³²); l'OSAss du Tribunal fédéral reste applicable (art. 4 OHS-LP).

Art. 61 Exclusion de l'exécution forcée de la prétention d'assurance par voie de poursuite et de faillite

Cette disposition correspond mot pour mot à l'art. 80 LCA et il est correct, d'un point de vue systématique, qu'elle figure au chapitre traitant de l'exécution forcée.

Art. 62 Droit d'intervention

Cette disposition reprend également le droit en vigueur (art. 81 LCA)

³¹ RS 281.51

³² RS 281.11

Art. 63 Exécution forcée de la prétention d'assurance par voie de poursuite et de faillite

La disposition reprend l'art. 86 LCA et sa place est également, d'un point de vue systématique, au chapitre traitant de l'exécution forcée.

2.1.8 Chapitre 8 Prescription

Art. 64

Al. 1

En vertu du droit en vigueur, les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation (art. 46, al. 1, 1^{re} phrase, LCA). Les participants à la consultation n'ont pas contesté que ce délai extrêmement bref n'était plus d'actualité. En ce qui concerne la prestation d'assurance, un délai inférieur à dix ans s'avérerait étranger au système, compte tenu de la prescription extinctive prévue dans le CO (dix ans pour les créances; art. 127 CO) ainsi que des développements législatifs en perspective (Le Conseil fédéral ouvrira après les vacances d'été une consultation à propos de la révision du droit régissant la prescription). Dans la pratique, à supposer que le délai soit prolongé à cinq ans seulement, par exemple, il y aurait lieu de craindre que la couverture d'assurance prenne fin après cinq ans mais que le responsable continue à répondre du sinistre, étant donné le délai de prescription absolu de dix ans fixé en cas d'acte illicite (art. 60 CO). Le délai de prescription des prestations d'assurance doit donc également être porté à dix ans. L'étude de l'AIR recommande elle aussi un délai de dix ans.

A la différence du projet destiné à la consultation – et suite à diverses critiques reçues –, le présent projet prévoit que le délai de prescription ne commencera pas à courir à la date d'échéance (art. 38), faute de quoi le preneur d'assurance pourrait le repousser pour ainsi dire à volonté. Pour des raisons de sécurité du droit, le délai doit donc commencer à courir, par analogie à la réglementation actuelle, au moment de la survenance du cas d'assurance, c'est-à-dire de la survenance du sinistre.

Al. 2

Dans le cas des prestations d'assurance périodiques, il convient de prévoir, conformément à la réglementation du CO, un délai de prescription de cinq ans pour les prestations périodiques (art. 128 CO) et le délai ordinaire de dix ans pour l'ensemble de la créance. Cela correspond à la réglementation en vigueur dans la prévoyance professionnelle (art. 41, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; LPP³³).

Le délai de prescription de la prestation périodique commence à courir à la date d'échéance, soit au moment où l'ayant droit a suffisamment étayé sa prétention (cf. art. 38 du projet). La prescription de la créance totale court généralement, selon l'al. 1, dès la survenance du sinistre. Une fois la créance totale prescrite, les prestations périodiques le sont aussi.

³³ RS 831.40

Al. 3

En ce qui concerne la prescription des créances portant sur des primes, il faut également se référer au CO, qui prévoit pour les prestations périodiques une prescription extinctive de cinq ans (art. 128 CO).

2.1.9 Chapitre 9 Intermédiaire d'assurance

Un client à la recherche d'une solution d'assurance peut soit charger un courtier en assurance de préserver ses intérêts face aux entreprises d'assurance, soit s'adresser directement au service de vente des entreprises d'assurance, c'est-à-dire à un agent d'assurance mandaté par celles-ci. Il n'est pas toujours aisé de distinguer, en pratique, entre les courtiers et les agents d'assurance, étant donné l'existence de formes mixtes. Aussi la présente réglementation vise-t-elle à subdiviser clairement le marché de l'intermédiation d'assurance entre les courtiers en assurance et les agents d'assurance. Les intermédiaires seront dorénavant séparés, du point de vue du droit privé comme du droit de la surveillance, de façon à être liés soit à une entreprise d'assurance, soit à un preneur d'assurance. La possibilité de double inscription dans le registre – comme intermédiaire d'assurance lié et non lié – n'existera plus à l'avenir en droit de la surveillance.

2.1.9.1 Section 1 Courtier en assurance

Art. 65 Tâches

Le courtier en assurance est dans un rapport de loyauté à l'égard du client et agit dans l'intérêt de ce dernier. Les al. 2 et 3 règlent les tâches du courtier en assurance. Du point de vue matériel, cette prescription reprend les devoirs de conseil et de documentation de la directive régissant l'intermédiation en assurance (directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, JO L 9 du 15.1.2003, p. 3). D'après le droit en vigueur, un devoir d'information incombe au courtier. La portée de ce devoir est quasiment comparable à celle des devoirs inscrits dans la directive européenne. La nouvelle loi n'implique donc guère de changement pour les courtiers sur ce point.

Art. 66 Publication de la rémunération

Le mode de rémunération dominant aujourd'hui parmi les intermédiaires est basé sur le système dit de courtage. Les intermédiaires reçoivent de l'entreprise d'assurance un courtage (ou provision) pour chaque contrat d'assurance conclu. Cette dépense est incluse dans la prime d'assurance (brute) du preneur d'assurance. Autrement dit, le preneur d'assurance finance indirectement, via les primes qu'il verse à l'entreprise d'assurance, les honoraires des intermédiaires. L'entreprise d'assurance reverse à ces derniers le montant convenu, sous forme de courtage, de provision, etc.

Le système de courtage met les courtiers en assurance en situation de conflit d'intérêts. Le courtier en assurance est tenu, par les rapports contractuels existants entre son client et lui, de représenter les intérêts du client face à l'assurance. En même temps, il est payé par l'entreprise d'assurance pour son activité d'inter-

médiaire. D'où un conflit entre l'intérêt du client à obtenir un contrat optimal pour lui et l'intérêt du courtier en assurance à toucher une indemnité maximale.

L'élimination complète de ce conflit d'intérêts serait lourde de conséquences pour les structures actuelles du marché. Il est toutefois possible ici de l'atténuer dans une large mesure en imposant aux courtiers en assurance un devoir d'informer étendu sur leur rémunération. La communication de cette information vise à garantir que le client puisse se rendre compte du conflit d'intérêts et en tenir dûment compte dans sa décision relative au choix de l'entreprise et du produit d'assurance.

Al. 1

Si le courtier en assurance est indemnisé par des tiers – en l'occurrence des entreprises d'assurance –, il a l'obligation de le signaler à son client. Il est tenu de le renseigner spontanément, et donc pas seulement sur demande, sur les prestations qu'il percevra. Sont réputés prestations les provisions, courtages et autres avantages en argent que le courtier en assurance reçoit de tiers pour son activité d'intermédiation. En vertu du nouvel art. 45a LSA, les indemnités supplémentaires comme les superprovisions ou les commissions conditionnelles (*contingent commissions*) ne sont plus autorisées.

Al. 2

Le courtier en assurance est tenu d'indiquer à combien s'élève la prestation, et donc d'en préciser le montant. Cette exigence n'est pas remplie s'il se contente par exemple de communiquer, pour des prestations chiffrables, une formule de calcul. Dans les cas où le montant n'est pas chiffrable avant la conclusion (ou la modification) du contrat d'assurance, le courtier en assurances est tenu d'informer sous une forme intelligible et exhaustive sur le mode de calcul de la prestation.

En outre, le courtier en assurance est tenu d'informer sur la nature de la prestation, et donc s'il s'agit par exemple d'une provision ou d'un courtage, ou d'une autre indemnisation en espèces. Il est également intéressant de savoir si la prestation est versée à titre unique lors de la conclusion du contrat, ou si elle revêt un caractère périodique. A l'avenir, les arrangements prévoyant des indemnités supplémentaires seront interdits (cf. ch. 2.6.2; art. 45a LSA).

2.1.9.2 Section 2 Agent d'assurance

Contrairement à ce qui est le cas pour les courtiers en assurance, le législateur ne prévoit ici aucune norme sur la publication des rémunérations. Les relations contractuelles différentes justifient la différence de traitement. Car contrairement aux rapports établis avec le courtier en assurance, il n'existe pas de relation contractuelle entre l'agent d'assurance et le preneur d'assurance. L'agent d'assurance a une obligation de fidélité envers l'entreprise, à laquelle il est lié contractuellement, et non – comme le courtier en assurance – envers le preneur d'assurance. Rien ne justifie donc d'obliger l'agent d'assurance à dévoiler sa rémunération au preneur d'assurance, d'autant moins que dans d'autres branches les vendeurs n'y sont pas tenus non plus. Toujours est-il que dans le secteur de l'assurance-vie, où le conflit d'intérêts propre au système de courtage est particulièrement marqué, l'entreprise d'assurance est tenue d'informer elle-même sur les frais d'acquisition, et donc aussi sur les courtages versés, au titre de ses devoirs d'information précontractuels (art. 12

du projet), que ses intermédiaires aient le statut de courtier ou d'agent d'assurance. Il s'ensuit que les courtiers en assurance et les agents d'assurance sont soumis à la même réglementation dans le secteur vie.

Dans le cadre de la réforme structurelle de la prévoyance professionnelle, l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)³⁴, que le Conseil fédéral a récemment adoptée, a subi différentes modifications. En particulier, son art. 48k prévoit que toutes les personnes externes agissant comme intermédiaires (agents d'assurance et courtiers en assurance notamment) ont l'obligation de publier les paiements reçus à ce titre. Au vu de ce qui a été dit, il est indifférent qu'il s'agisse de produits d'assurance du secteur vie. De telles différences sont toutefois susceptibles d'apparaître dans d'autres domaines d'assurance relevant des activités de prévoyance. Le cas échéant, les dispositions spéciales de la prévoyance professionnelle priment celles du présent projet. Il est par exemple, selon l'art. 48k OPP 2, formellement interdit d'accepter d'autres avantages non publiés (dans le domaine de l'assurance vie et non-vie); il existe en outre une obligation de remettre le revenu.

Art. 67 Tâches

La directive sur l'intermédiation distingue les agents indépendants, à leur propre compte, des agents dépendants, employés par une entreprise d'assurance, et exclut ces derniers de son champ d'application. Il s'ensuit qu'un preneur d'assurance a droit à une prestation de conseil de la part d'un agent indépendant, mais n'y a pas droit s'il a affaire à un agent d'assurance salarié. Cette distinction ne fait aucun sens. Le projet prévoit donc aux al. 2 et 3, pour tous les agents d'assurance, un devoir d'information équivalent à l'obligation de conseil du courtier.

Art. 68 Représentation

Une procuration particulière est prévue pour l'agent, sur le modèle des procurations accordées aux mandataires commerciaux et aux fondés de pouvoirs en vertu du droit commercial. Cette disposition garantit la sécurité juridique et simplifie les relations d'affaires.

2.1.9.3 Section 3 Dispositions communes applicables aux intermédiaires d'assurance

Art. 69 Devoir d'information

Comme de tels devoirs incombent à l'intermédiaire d'assurance vis-à-vis du preneur d'assurance, il est juste qu'ils figurent dans le droit des contrats. Du point de vue matériel, cette disposition s'inspire de l'art. 12 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (JO L 9 du 15.1.2003, p. 3).

³⁴ RS 831.441.1

Elle vise notamment à renseigner le preneur d'assurance sur les intérêts existants de l'intermédiaire d'assurance. Ainsi, le preneur d'assurance doit être en mesure de reconnaître si, ayant affaire à un agent d'assurance, il négocie directement avec l'entreprise d'assurance, ou s'il est conseillé par un courtier indépendant.

Al. 1

Les devoirs d'information énumérés à l'al. 1 s'appliquent aussi bien aux agents d'assurance qu'aux courtiers en assurance. A deux exceptions près (let. b et c), ils correspondent aux devoirs d'information en vigueur dans le droit de la surveillance.

Etant donné l'existence de deux formes d'intermédiation sur le marché, l'al. 1, let. b, prévoit qu'à l'avenir, l'intermédiaire en assurance devra signaler au preneur d'assurance, lors du premier contact, s'il travaille comme courtier ou agent, s'il est inscrit au registre et, si tel est le cas, en quelle qualité (al. 1, let. c).

Al. 2

Les informations visées à l'al. 1 doivent être communiquées par écrit au preneur d'assurance.

Al. 3

Cet alinéa reprend la réglementation figurant à l'art. 190 OS³⁵ et la transpose en droit privé. L'intermédiaire est tenu de renseigner le preneur d'assurance si des changements surviennent dans les informations qu'il lui a données.

Art. 70 Responsabilité

La disposition concernant la responsabilité reprend les règles du CO.

2.1.10 Chapitre 10 Protection des données

Le projet de loi confirme le principe selon lequel la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)³⁶ s'applique aux entreprises d'assurance (art. 2 LPD). Des dispositions particulières s'appliquent désormais aux contrats collectifs et, comme jusqu'à présent, dans le cadre de la 5^e révision de l'AI.

Contraints par les conventions collectives de travail ou de leur propre initiative, de nombreux employeurs couvrent par des assurances collectives d'indemnité journalière leur obligation de verser le salaire et la perte de salaire des employés au terme de cette obligation. Les entreprises d'assurance procèdent à des examens de santé avant la conclusion du contrat, notamment lorsqu'il s'agit d'assurer des revenus élevés. Il peut en résulter un refus ou une admission sous réserve pour certains employés. D'où une situation délicate de part et d'autre. D'une part, un employeur est en droit de savoir quand l'assurance conclue pour le financement de l'obligation de verser le salaire ne lui versera aucune prestation, car c'est lui, alors, qui est tenu d'assurer le versement du salaire; un tel cas de figure peut avoir de lourdes conséquences, notamment pour les petites entreprises. D'autre part, un employé peut avoir tout intérêt à ne pas divulguer ses problèmes de santé.

³⁵ RS 961.011

³⁶ RS 235.1

Dans ce conflit d'intérêts, la solution du projet mis en consultation (art. 73 AP-LCA *Examen de santé dans l'assurance collective*) visait à laisser l'employé décider de la communication d'un refus ou d'une réserve à son employeur. S'il avait des raisons de craindre de perdre sa place en cas de divulgation de son état de santé, il aurait eu la possibilité d'exiger la confidentialité. En contrepartie, l'obligation de l'employeur de verser le salaire aurait été limitée au minimum prévu par le CO, quelles que soient les autres réglementations prévues dans les contrats ou les conventions collectives de travail. Cette solution n'a toutefois guère convaincu dans la procédure de consultation. Les voix critiques – auxquelles se sont ralliés les auteurs de l'AIR – ont souligné à juste titre qu'elle n'était satisfaisante pour aucune des parties. D'une part, l'employé refusé ou admis sous réserve s'exposait, avec une telle réglementation, au versement d'un salaire réduit par l'employeur ou à un licenciement. D'autre part, l'employeur aurait été confronté à un risque de paiement, étant astreint au versement du salaire en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie de son employé, alors même qu'il souhaitait s'assurer contre un tel risque. Au vu des avis négatifs exprimés dans la procédure de consultation et des résultats de l'analyse AIR, il convient, par conséquent, de renoncer à cette disposition.

L'art. 71 du projet atténue toutefois le problème. Cette disposition interdit en effet à l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie de faire connaître à l'employeur des données concernant la santé ou la sphère intime de l'employé. L'entreprise d'assurance se limitera par conséquent à signaler au preneur d'assurance s'il y a eu admission sans réserve ou refus d'admission.

Art. 71 Données personnelles sensibles

Il convient de tenir dûment compte, dans les contrats collectifs, du besoin de protection des données. Il faut notamment empêcher que l'employeur (preneur d'assurance) ne puisse prendre connaissance de données sensibles concernant l'employé (personne assurée). Dans le domaine des assurances collectives de personnes, il s'agit surtout de données relatives à la santé, que l'entreprise d'assurance collecte auprès des employés.

Art. 72 Médecins-conseils

La préparation du message a conduit à examiner, à la demande du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), l'introduction du système des médecins-conseils (cf. art. 57 LAMal³⁷) dans les assurances complémentaires à l'assurance-maladie ainsi que dans l'assurance d'indemnités journalières. Lors de la consultation, la Société suisse des médecins-conseils et médecins d'assurances (SSMC) a approuvé une telle extension, en précisant que pour ne pas s'exposer au reproche de sélection des risques, les médecins-conseils ne devraient pas effectuer d'évaluation des risques pour les nouveaux contrats d'assurance selon la LCA. L'Association suisse d'assurances (ASA) a refusé cette extension. Elle a fait valoir que les entreprises d'assurances sont seules compétentes pour gérer les cas et qu'il est nécessaire de consulter le dossier complet pour juger de l'obligation de prestation. En outre, a-t-elle indiqué, la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)³⁸ offre une protection suffisante contre les abus. Le présent projet de

³⁷ RS 832.10

³⁸ RS 235.1

loi ne reprend donc pas dans son intégralité le système du médecin-conseil dans les domaines d'assurance susmentionnés relevant de la LCA, en raison des trop grandes différences entre ces deux systèmes d'assurance. La fonction du médecin-conseil est toutefois reprise si cela s'avère nécessaire à la protection des données de la personne assurée. Car il ne doit pas être possible de contourner le système du médecin-conseil prévu dans la LAMal, à la faveur du moindre niveau de protection des données prévu dans l'assurance-maladie complémentaire.

Al. 1

La réglementation proposée résout un problème de protection des données se posant à l'interface entre la LAMal et la LCA. L'art. 57 LAMal constitue la base légale du système du médecin-conseil, dont les fonctions principales consistent, d'une part, à donner son avis à l'assureur sur des questions médicales et, d'autre part, à examiner si les conditions de prise en charge d'une prestation sont remplies. Le médecin-conseil exerce ici une fonction de filtre entre les fournisseurs de prestations et l'assureur. Dans le domaine de la protection des données, cette fonction est mentionnée à l'art. 42, al. 5, LAMal, en vertu duquel le fournisseur de prestations est fondé lorsque les circonstances l'exigent, ou astreint dans tous les cas, si l'assuré le demande, à ne fournir les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assureur, conformément à l'art. 57 LAMal. Ce dernier article précise à son al. 7 que les médecins-conseils ne transmettent aux organes compétents des assureurs que les indications dont ceux-ci ont besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération ou motiver une décision. Ce faisant, ils respectent les droits de la personnalité des assurés.

Moyennant l'autorisation correspondante, les caisses-maladie ainsi que les entreprises d'assurance privées peuvent pratiquer, outre l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal, les assurances complémentaires au sens de la LCA (art. 12, al. 2 et 3, LAMal). Lorsqu'une caisse-maladie ou une entreprise d'assurance pratique à la fois les assurances régies par la LAMal et par la LCA, les cas sont généralement traités par le même collaborateur spécialisé. Concrètement, chaque fois qu'un cas relève des deux assurances, les documents soumis à la LAMal restent à juste titre aux mains du médecin-conseil, qui joue le rôle de filtre, alors que pour ce qui touche à la LCA le collaborateur spécialisé a accès à tous les documents. Il va de soi qu'en pareil cas, il n'est guère possible de séparer clairement l'assurance complémentaire de celle de base dans le traitement des dossiers d'assurés, ce qui fait que la protection des données prévue dans la LAMal est vidée de sa substance.

La réglementation prévue corrige cette situation insatisfaisante, sans pour autant reprendre complètement dans le projet de LCA le système et la fonction des médecins-conseils, les deux formes d'assurance obéissant à des structures trop différentes. Par conséquent, les médecins-conseils exerçant dans le domaine de la LCA n'auront ni compétence consultative, ni compétence d'examen des conditions de prise en charge, mais seulement une fonction de filtre visant à protéger les données des patients. Ils pourront naturellement continuer à assumer d'autres activités à titre facultatif, comme cela arrive parfois aujourd'hui. En outre, leur fonction liée à la protection des données ne concernera que les cas où un preneur d'assurance est simultanément assuré contre la maladie auprès du même assureur sur la base de la LAMal et de la LCA.

L'al. 1 reprend ainsi dans un périmètre étroit et clairement défini la disposition de l'art. 42, al. 5, LAMal. En l'occurrence, si le preneur d'assurance peut exiger, dans

un cas soumis à la LAMal, que le fournisseur de prestations ne remette des indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil, ce droit doit aussi lui être accordé vis-à-vis du même assureur, au cas où il aurait également conclu avec lui une assurance selon la LCA.

Al. 2

Selon l'art. 42, al. 5, LAMal, repris par analogie à l'al. 1 commenté ci-dessus, le preneur d'assurance n'est pas seul fondé à ne communiquer les données qu'au médecin-conseil; il en va de même pour le fournisseur de prestations lorsque les circonstances l'exigent. Cette disposition est reprise ici avec une formulation montrant qu'il ne s'agit pas (comme c'est le cas dans la LAMal) d'un droit distinct du fournisseur de prestations. Au contraire, celui-ci ne pourra décider de passer par le médecin-conseil que si le preneur d'assurance ou la personne assurée ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes. On peut penser en particulier au cas où l'assuré serait dans le coma ou ne serait pas à même de faire valoir ses intérêts pour d'autres raisons médicales. Le droit conféré au fournisseur de prestations par cet alinéa ne s'applique donc qu'à titre tout à fait exceptionnel.

Al. 3

L'al. 3 précise, comme l'art. 57, al. 7, LAMal, la fonction assumée par le médecin-conseil au titre de la protection des données des assurés. Au bout du compte, cette disposition décrit une évidence: l'entreprise d'assurance ne doit obtenir ni plus ni moins de données des assurés qu'il ne lui en faut pour juger de la prise en charge d'une prestation. Les règles sur la transmission des indications qui seront applicables au domaine de l'assurance-maladie privée peuvent au moins être alignées sur les règles mises en place dans l'assurance-maladie sociale entre les assureurs et les associations faitières suisses de médecins sur la base de l'art. 57, al. 8, LAMal.

La transmission des indications doit être reconnaissable pour la personne assurée. Ce point découle de l'art. 4, al. 4, LPD et n'a donc pas besoin d'être répété ici. En outre, le devoir d'informer lors de la collecte de données sensibles et de profils de personnalité est régi par les art. 14 et 18a LPD.

Enfin, dans l'esprit de cette application bien ciblée, par analogie, d'une disposition de la LAMal dans la LCA, le projet renonce à reprendre la procédure devant le tribunal arbitral prévue à l'art. 89 LAMal. Les litiges portant sur la LCA relèvent en effet du droit privé et seront donc réglés par la voie civile. Cela se justifie d'autant plus que les voies de droit, aujourd'hui déjà, sont différentes selon qu'un litige concerne des prétentions découlant de la LAMal ou de la LCA.

Art. 73 Détection précoce

Cette disposition reprend, avec des modifications rédactionnelles, la réglementation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 dans le cadre de la 5^e révision de l'AI (art. 39a LCA). La seule nouveauté est l'al. 3 qui exige, en accord avec l'art. 3b, al. 3, de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité³⁹, que la personne concernée soit informée au préalable de la communication des données.

Cette disposition aussi existe déjà dans le droit en vigueur et ne contient que des adaptations rédactionnelles minimales (art. 39*b* LCA).

2.2 Titre 2 Dispositions particulières

Le deuxième titre du projet renferme des dispositions conçues pour les différents types de contrats. Le chap. 1 abandonne la distinction faite par la LCA actuelle, et vivement critiquée, entre assurance dommages et assurance de personnes, au profit d'une distinction entre assurances dommages et assurance de sommes. Le chap. 2 contient des réglementations spécifiques aux branches d'assurance – assurance de choses, responsabilité civile, protection juridique, transport, crédit et caution, vie, maladie et accidents.

2.2.1 Chapitre 1 Dispositions communes pour l'assurance dommages

En fonction de leur type, les contrats d'assurance sont divisés d'ordinaire selon deux critères. Premièrement, une distinction est établie entre assurance de choses, assurance de personnes et assurance sur le patrimoine. Deuxièmement, il convient de déterminer du point de vue des conditions donnant droit aux prestations si le sinistre coïncide avec la survenance d'un dommage ou non, autrement dit s'il s'agit d'une assurance dommages ou d'une assurance de sommes.

Le droit en vigueur ne tient pas suffisamment compte de ce principe puisqu'il distingue dans ses dispositions spéciales l'assurance dommages de l'assurance des personnes, au lieu de faire une différence entre assurance dommages et assurance de sommes. Cette division inadéquate a notamment eu pour conséquence que la pratique judiciaire a appliqué les dispositions sur l'exclusion du recours (art. 96 LCA) à toutes les assurances de personnes pendant des décennies, et que la subrogation de l'entreprise d'assurance prestataire dans les droits de l'assuré était exclue. Certes, le Tribunal fédéral reconnaît depuis l'ATF 104 II 44 ss que des assurances de personnes peuvent aussi être conclues à titre d'assurances dommages et que le principe du cumul ne s'applique plus. Il autorise aussi l'imputation des prestations aux éventuelles prétentions en dommages-intérêts et l'octroi, selon l'art. 72 LCA, d'un droit de recours à l'entreprise d'assurance. Toutefois, le projet de révision tient compte du fait que selon la pratique actuelle, les assurances de personnes, de choses et sur le patrimoine peuvent être conclues comme des assurances dommages ou de sommes. Une distinction générale entre assurance dommages et assurance de sommes précède donc les dispositions particulières.

On parle toujours d'assurance dommages lorsque le sinistre est provoqué par un dommage au sens juridique, comme par exemple dans l'assurance des soins ou des frais d'hospitalisation. La diminution du patrimoine n'est pas une condition uniquement pour l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance; elle peut aussi constituer un critère pour le calcul de l'étendue de la prestation. L'assurance dommages repose sur le principe du remplacement unique de la perte subie. Il incombe donc au lésé de faire imputer sur la prestation d'assurance toutes les prestations reçues à des fins de compensation du dommage. Tout cumul des prétentions est

exclu (cf. art. 75 ss du projet). A l'inverse, le critère de la survenance du dommage n'est pas pertinent dans le cadre de l'assurance de sommes, et l'entreprise d'assurance peut cumuler sa propre prestation avec d'autres prétentions éventuelles (art. 84 du projet). L'assurance de sommes est surtout courante dans les assurances-vie (assurances-risque).

Il est souvent difficile de trancher de manière univoque entre assurance dommages et assurance de sommes, comme par exemple dans le cas des assurances d'indemnité journalière ou de rente qui, bien qu'étant liées à la survenance d'un dommage, constituent des assurances de sommes si leurs prestations d'assurance sont calculées selon un barème d'invalidité. En outre, un contrat d'assurance peut contenir des éléments relevant simultanément de l'assurance de sommes et de l'assurance dommages. De telles combinaisons sont courantes dans l'assurance complémentaire à la LAA, qui est liée à l'incapacité de travail et dont le calcul se base sur des montants fixes. L'absence de distinction entre assurance dommages et assurance de sommes entraîne des incertitudes juridiques dues, d'une part, à la difficulté de calculer la couverture d'assurance et, d'autre part, à la nécessité de prendre en compte le cumul ou l'imputation au moment de la fixation des primes, ce qui n'est souvent pas le cas dans la pratique actuelle. Jusqu'à présent, il n'a pas été possible de définir des critères fiables de délimitation entre assurance dommages et assurance de sommes. Autrement dit, même une définition légale ne fournirait pas ici la sécurité juridique nécessaire. Pour cette raison, la question de l'imputation ou non des prestations doit être réglée par les parties dans le contrat. L'information sur le type de prestations (assurance dommages ou assurance de sommes) relève des devoirs d'information précontractuels de l'entreprise d'assurance au sens de l'art. 12 du projet.

2.2.1.1 Section 1 Imputation, subrogation et droit de recours

Art. 75 Imputation et subrogation

Al. 1

Etant donné que l'assurance dommages sert à la compensation de la diminution du patrimoine subie par l'assuré, les prestations découlant d'un contrat d'assurance dommages ne peuvent en aucun cas être cumulées avec d'autres prestations à caractère indemnitaire. Autrement dit, le lésé ne reçoit qu'une seule réparation du dommage et ne peut donc pas exiger un remboursement intégral à la fois de la part de l'entreprise d'assurance et du responsable du dommage, par exemple.

Al. 2

En principe, le lésé renonce à engager des démarches à l'encontre du responsable du dommage s'il peut faire valoir ses prétentions auprès d'une entreprise d'assurance. Cette disposition reprend le principe de l'art. 72, al. 1, LCA et l'étend aux réalités pratiques, en subrogeant l'entreprise d'assurance dans les droits de l'assuré pour les postes de dommage de même nature qu'elle couvre. Contrairement au droit en vigueur (art. 72, al. 1, LCA), cette disposition permet à l'entreprise d'assurance d'entreprendre des démarches non seulement contre les tiers responsables d'actes illicites, mais contre tous ceux qui sont tenus d'indemniser, y compris s'ils sont tenus au dédommagement en raison d'une violation de contrat ou du fait d'une

responsabilité causale. Le principe applicable aux assureurs sociaux (cf. art. 72, al. 1, de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)⁴⁰) vaut par conséquent aussi pour les entreprises d'assurance dommages privée. Il n'existe aucune raison d'exclure du recours certaines catégories de responsables, puisque l'imputation de la communauté de risque du responsable du dommage entraîne une juste répartition des coûts. Par ailleurs, l'extension du droit de recours simplifie nettement le traitement des recours. La disposition proposée prime les dispositions générales des art. 50 s. CO et ne laisse aucune place, contrairement au droit dispositif de l'art. 72, al. 1, LCA, à des conventions au détriment du preneur d'assurance. A titre d'exemple, la cession à l'entreprise d'assurance de futures prétentions en responsabilité n'est plus autorisée.

L'al. 2 vaut notamment pour l'assurance responsabilité civile, où le recours prévu à l'art. 72 LCA ne s'applique que par analogie, parce que l'assuré est le responsable du dommage et le lésé est un tiers. A la place de ce subterfuge, l'art. 75, al. 2, du projet s'applique aussi à la subrogation de l'entreprise d'assurance en responsabilité civile en ce qui concerne les droits de recours de l'assuré contre des tiers responsables. L'entreprise d'assurance n'est toutefois pas subrogée dans les cas où la prestation du tiers en faveur du lésé relève d'une obligation contractuelle du tiers en question. L'entreprise d'assurance n'est notamment pas subrogée dans les droits de l'assuré au versement du salaire vis-à-vis de l'employeur.

Art. 76 Droit préférentiel et droit proportionnel

Al. 1

Jusqu'à présent, le droit préférentiel du lésé n'était pas inscrit dans la loi, mais reconnu par la doctrine et dans la pratique. Selon le principe du droit préférentiel, l'entreprise d'assurance n'est subrogée dans les droits de l'assuré que si les prestations cumulées de l'entreprise d'assurance et du tiers dépassent la prétention en dommages-intérêts de l'assuré. Le droit préférentiel s'applique surtout aux cas où la prétention en dommages-intérêts du lésé à l'encontre du responsable est inférieure au dommage effectif en raison d'un motif de réduction (propre faute p. ex.) et où la prestation d'assurance ne couvre pas totalement la perte effectivement subie. En voici un exemple: un dommage s'élève à 100 000 francs. La prestation d'assurance s'élève à 80 000 francs, et la prétention en dommages-intérêts à l'encontre d'un tiers à 50 000 francs avec une quote-part de responsabilité de 50 %. Le lésé peut réclamer 80 000 francs à l'entreprise d'assurance et doit demander 20 000 francs au responsable au préalable. Pour sa part, l'entreprise d'assurance ne peut réclamer que 30 000 francs, bien qu'elle doive fournir des prestations à hauteur de 80 000 francs. En pareil cas, l'entreprise d'assurance ne devrait pas pouvoir engager un recours contre le responsable au détriment de l'assuré; il incombe plutôt au lésé de faire valoir ses prétentions en responsabilité civile jusqu'à obtenir une prestation d'assurance couvrant complètement le dommage subi. En résumé, le droit préférentiel correspond à la formule «dommage moins prestation d'assurance égale prétention directe du lésé».

⁴⁰ RS 830.1

Al. 2

Le droit préférentiel visé à l'al. 1 est restreint par la réglementation de la répartition proportionnelle au sens de l'al. 2. Si l'entreprise d'assurance a réduit sa propre prestation parce que le preneur d'assurance ou l'ayant droit a causé le sinistre par dol éventuel ou par suite d'une négligence grave au sens de l'art. 41, al. 2, du projet la part de responsabilité sera répartie entre l'entreprise d'assurance et l'assuré de façon à maintenir la réduction. Ce résultat est atteint par le transfert à l'entreprise d'assurance des droits de l'assuré à l'encontre du tiers responsable, de façon à ce que la prestation non réduite additionnée à la créance à charge du responsable dépasse le dommage effectif. Exemple: le dommage s'élève à 100 000 francs et la prestation d'assurance non réduite à 80 000 francs. Suite à une réduction de 25 %, elle atteint 60 000 francs. La prétention en dommages-intérêts à l'encontre du tiers s'élève à 50 000 francs avec une quote-part de responsabilité de 50 %. La prestation non réduite de l'entreprise d'assurance à hauteur de 80 000 francs et la créance de 50 000 francs à charge du responsable totalisent 130 000 francs et dépassent ainsi de 30 000 francs le dommage effectif. Selon cette réglementation, l'entreprise d'assurance peut recourir à hauteur de 30 000 francs contre le responsable. En ce qui concerne l'assuré, il peut encore réclamer 20 000 francs au responsable. Avec la prestation d'assurance réduite de 60 000 francs, il reçoit une indemnisation du sinistre effectif de 80 000 francs, dont il assume les 20 000 francs restants.

Art. 77 Droit de recours

Al. 1

Cette disposition sert à la mise en œuvre économique de l'étendue du droit préférentiel et du droit proportionnel visés à l'art. 76 du projet. Elle permet le désintéressement préalable du lésé, tandis que l'entreprise d'assurance ne peut exercer ses droits que lorsque le lésé a reçu sa part. Par exemple, un assureur casco ne peut recourir contre le responsable que lorsque ce dernier a effectué le versement au lésé. Le même principe s'applique aux cas de droit proportionnel, qui n'autorisent le recours de l'entreprise d'assurance contre le responsable que lorsque ce dernier a indemnisé le lésé.

Al. 2

A l'instar de l'al. 1, cette disposition a pour objet le privilège de recours. En cas de circonstances particulières (art. 4 CC), l'application des droits de recours par l'entreprise d'assurance peut être limitée, voire exclue. Une exclusion ou une restriction peuvent se justifier par l'existence de relations étroites entre le responsable et le lésé, comme le prévoit déjà le droit en vigueur (art. 72, al. 3, LCA). L'octroi de privilèges à certains cercles de personnes poursuit divers objectifs: premièrement, ménager la situation économique privée du lésé, qui serait à nouveau confronté au dommage en cas de recours contre une personne proche et, deuxièmement, maintenir la paix juridique dans la sphère privée du lésé. Le droit régissant les assurances sociales prévoit aussi de telles limitations du droit de recours (art. 75 LPGA). La disposition proposée permettrait également d'exclure le recours s'il entraîne des difficultés financières pour la personne responsable. L'atteinte aux droits de recours par l'ayant droit, au sens d'une violation de ses incombances, est couverte par l'art. 41, al. 5, du projet.

2.2.1.2 Section 2 Assurance multiple

Art. 78 Devoir d'information

Les art. 78 à 83 fixent des règles impératives, novatrices et adaptées aux réalités actuelles, pour les cas de double assurance. Elles ne portent que sur les assurances multiples conclues par le même preneur d'assurance avec plusieurs entreprises d'assurance.

L'art. 78 reprend le principe de l'art. 53, al. 1, LCA et astreint le preneur d'assurance à informer les entreprises d'assurance concernées lorsque des dommages identiques (p. ex. dommages à un même bâtiment, mobilier, véhicule ou patrimoine) sont assurés contre un même risque (feu, inondation, vol, etc.) et pour la même période par d'autres assureurs, et que la même personne a droit aux prestations d'assurance en cas de survenance du sinistre. Ce devoir d'information suppose que le preneur d'assurance soit au courant de l'existence de l'assurance multiple.

Art. 79 Droit de résiliation

L'assurance multiple a des conséquences indépendantes de la volonté de l'entreprise d'assurance sur le contenu du contrat (cf. art. 80 du projet). L'entreprise d'assurance doit donc avoir la possibilité de résilier le contrat, puisque le cas échéant, elle serait liée à un contrat qu'elle n'aurait pas conclu sous cette forme si elle avait eu connaissance de son contenu. D'où l'octroi, à chaque entreprise d'assurance, d'un délai de résiliation de deux semaines à compter de la date de réception de l'information fournie par le preneur d'assurance. En outre, cette disposition impose à l'entreprise d'assurance qui fait usage du droit de résiliation d'en informer les autres.

Art. 80 Conséquences pour les contrats non résiliés

Les conséquences juridiques de la double assurance (ou de l'assurance multiple) pour les sommes assurées et les primes ne sont pas réglées à l'heure actuelle. Cette lacune est comblée par cette disposition qui introduit la différence entre l'assurance à la valeur totale et celle au premier risque.

Al. 1

Dans l'assurance à la valeur totale, la valeur d'assurance (supposée correspondre, selon l'art. 86 du projet, à la valeur vénale de la chose) et la somme assurée (art. 37 du projet) sont égales lors de la conclusion du contrat. Si, en raison d'une assurance multiple, différentes sommes assurées ont été convenues qui, additionnées, dépassent la valeur d'assurance, il y a donc entorse à ce principe. L'al. 1 évite ce fâcheux résultat, puisqu'il devient obligatoire de réduire le total des sommes assurées de sorte qu'additionnées, elles correspondent à la valeur d'assurance. Les différentes primes sont adaptées en fonction de la réduction des sommes assurées.

Al. 2

En revanche, l'assurance au premier risque ne connaît aucune relation de ce genre entre la valeur d'assurance et la somme assurée. Au contraire, en fixant la somme assurée jusqu'à concurrence de laquelle tout dommage est entièrement assuré, on limite l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance. Une assurance au premier risque est par exemple conclue lorsque, dans le cadre de l'assurance casco, une

somme assurée limite de 2000 francs est fixée pour le vol d'objets transportés dans le véhicule. Par conséquent, l'al. 2 statue uniquement sur la réduction du total des sommes assurées à hauteur de la somme assurée la plus élevée convenue dans l'un des contrats. En relation avec l'art. 81 du projet, il en résulte que la somme assurée réduite est répartie à parts égales entre les contrats existants. Cependant, la réduction des sommes assurées ne peut intervenir que sur demande du preneur d'assurance, étant donné que celui-ci peut avoir intérêt à continuer de disposer du total des sommes assurées (p. ex. dans le cas d'assurances responsabilité civile).

Al. 3

Etant donné que, contrairement à l'assurance à la valeur totale, l'assurance au premier risque ne connaît pas la proportionnalité entre la somme assurée et la prime, une réduction de la somme assurée ne doit pas non plus entraîner une réduction proportionnelle de la prime. Au contraire, le preneur d'assurance doit payer les primes dues pour la somme assurée réduite en fonction du tarif.

Art. 81 Répartition du sinistre

Cette disposition règle les conséquences juridiques de l'assurance multiple en cas de survenance du sinistre. En cas d'assurance multiple également, l'indemnisation ne couvrira au maximum que le dommage subi, une surindemnisation étant exclue. Selon le droit actuel, les assureurs concernés se répartissent proportionnellement la réparation du dommage (art. 72, al. 1, LCA). Il incombe donc à l'assuré de clarifier la question des montants qu'il peut exiger des différentes entreprises d'assurance, afin de bénéficier de la pleine compensation du dommage. La solution retenue naguère par le législateur paraît peu conviviale pour le consommateur. D'où la proposition de partir d'une responsabilité solidaire des entreprises d'assurance concernées, assortie d'un droit de recours. Concernant la répartition du sinistre entre les entreprises d'assurance, il faut à nouveau différencier entre l'assurance à la valeur totale et celle au premier risque. Dans le cas de l'assurance à la valeur totale, la compensation doit être répartie proportionnellement aux différentes sommes assurées, alors que dans l'assurance au premier risque et jusqu'à concurrence de la somme assurée la plus basse, il y a lieu de procéder à une répartition de la prestation à parts égales.

Art. 82 Violation du devoir d'information

Cette disposition règle les conséquences juridiques de la violation du devoir d'information défini à l'art. 78 du projet. Si une entreprise d'assurance n'utilise pas son droit de résiliation, les conséquences juridiques de l'art. 80 du projet s'appliquent par analogie.

Al. 1

Si aucun dessein d'enrichissement n'anime le preneur d'assurance, les entreprises d'assurance disposent par analogie du droit de résiliation visé à l'art. 79 du projet.

Al. 2 et 3

Si le preneur d'assurance omet de fournir l'information dans l'intention de se procurer à lui-même ou de procurer à un tiers un avantage illicite, les entreprises d'assurance concernées sont déliées de leur obligation de prestation. En outre, elles ont le droit de résilier les contrats dans un délai de deux semaines à compter de la

date à laquelle elles ont connaissance du dol ou de la violation du devoir d'information.

Art. 83 Exceptions

Cette disposition exclut du champ d'application des art. 78 à 81 du projet ainsi que de l'art. 82, al. 1, du projet les cas de faible importance se produisant fréquemment.

2.2.2 **Chapitre 2**
Dispositions communes pour l'assurance de sommes

Art. 84 Cumul

Le droit en vigueur (art. 96 LCA) règle certes déjà le principe du cumul, en prévoyant l'exclusion du recours de l'assureur; mais il le fait uniquement dans l'assurance de personnes, domaine où sont surtout présentes les assurances de sommes.

A l'inverse, le présent projet tient compte du fait qu'en pratique non seulement les assurances de personnes, mais aussi les assurances de choses et de patrimoine peuvent être aménagées comme des assurances dommages ou de sommes. On citera dans ce registre l'assurance à la valeur à neuf ou à la valeur vénale majorée, qui garantissent des prestations allant au-delà de la valeur vénale. Partant, le principe de cumul vaut désormais pour toutes les assurances de sommes, raison pour laquelle la prestation d'assurance dans l'assurance de sommes est due en supplément d'autres prétentions envers des tiers. Une compensation, plus exactement une subrogation de l'entreprise d'assurance dans les prétentions de l'assuré n'intervient pas, contrairement à ce qui existe dans l'assurance dommages (art. 75 du projet).

Art. 85 Assurance d'enfants

Cette disposition reprend la réglementation de l'art. 131 (et 159) OS et l'intègre au projet projet. Elle sert à la protection des enfants assurés en cas de décès ou de décès par accident, en autorisant l'entreprise d'assurance à ne payer qu'une prestation d'assurance limitée en cas de décès prématuré.

2.2.3 **Chapitre 3** **Branches d'assurance**

2.2.3.1 **Section 1** **Assurance de choses**

Art. 86 Valeur d'assurance

Par valeur d'assurance, on entend la valeur de la chose assurée à la date de conclusion du contrat. La valeur d'assurance est une spécificité de l'assurance de choses. Contrairement à la chose dont la destruction, l'endommagement ou la perte entraînent toujours une perte limitée, d'emblée prévisible, le patrimoine représente une valeur abstraite susceptible de subir des pertes et des charges illimitées. La notion de valeur d'assurance est donc totalement étrangère à l'assurance du patrimoine. Elle ne trouve pas davantage d'application dans le domaine de l'assurance de personnes, car la vie et l'intégrité corporelle d'un être humain sont par nature non quantifiables.

La valeur d'assurance est supposée correspondre à la valeur vénale de la chose; ici le droit en vigueur ne repose pas sur la présomption (art. 49 LCA). Toutefois, la nouvelle réglementation est de nature dispositive, ce qui autorise les parties à déclarer par convention la prépondérance d'un autre critère, par exemple la valeur de continuation. Il s'agit ainsi de tenir compte de développements futurs et du fait qu'il n'est pas impensable a priori que la valeur d'assurance s'écarte de la valeur vénale.

Contrairement à ce que prévoit le droit en vigueur (art. 45 LCA), une valeur d'assurance convenue n'est plus forcément considérée comme valeur de remplacement, cette dernière se définissant davantage selon l'art. 87, al. 1, du projet.

La valeur d'assurance correspond en règle générale à la somme assurée (art. 37, du projet), qui définit le maximum de l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance. Elle revêt une importance particulière dans l'assurance à la valeur totale, où elle est déterminante pour juger s'il y a surassurance (art. 88, al. 1, du projet).

Art. 87 Valeur de remplacement

Al. 1

La valeur de remplacement désigne la valeur de la chose assurée à la date du sinistre, sa valeur vénale à cette date étant déterminante (cf. art. 62 LCA). On tient ainsi compte de manière appropriée des changements affectant la valeur entre la date de conclusion du contrat et la survenance du sinistre.

Cette disposition, qui relève du droit dispositif, permet par exemple aux parties de définir pour la valeur de remplacement un montant fixe, sur lequel les changements affectant la valeur de la chose assurée n'ont pas d'incidence. La valeur de remplacement détermine (conjointement à d'autres facteurs) l'étendue de la couverture d'assurance sur laquelle l'entreprise d'assurance est tenue de renseigner le preneur d'assurance en vertu de l'art. 12 du projet.

Al. 2

La valeur de remplacement sert à déterminer la prestation d'assurance. Il faut distinguer ici entre l'assurance à la valeur totale et l'assurance au premier risque.

Pour l'assurance à la valeur totale, une différenciation s'impose. Si la valeur de remplacement est inférieure à la somme assurée, il n'y a alors aucune conséquence lors de la survenance du sinistre, étant donné que la prestation d'assurance se limite à la valeur de remplacement ou à une partie de cette valeur. En revanche, si la valeur de remplacement est supérieure à la somme assurée, les éléments constitutifs de la sous-assurance sont réunis et il en résulte une réduction proportionnelle de la prestation d'assurance, conformément à l'art. 89 du projet. Dans le cas de l'assurance au premier risque, il n'y a pas sous-assurance et le niveau de la prestation d'assurance se calcule toujours sur la base de l'al. 2.

La prestation de l'entreprise d'assurance se limite dans tous les cas à la somme assurée.

L'al. 2 est de nature dispositive; des conventions y dérogeant sont donc autorisées.

Art. 88 Surassurance

Al. 1 et 2

Il y a surassurance lorsque la somme assurée dépasse fortement la valeur d'assurance. Cette disparité a pour effet que le preneur d'assurance paie trop de primes sans recevoir davantage que la valeur de remplacement en cas de sinistre. Il s'agit de corriger cet état de fait en adaptant la somme assurée et la prime. La loi prévoit que les deux parties peuvent exiger une telle adaptation.

L'al. 1 régit les conséquences juridiques de la surassurance. A la différence du droit actuel (art. 50 LCA), les parties se voient conférer de façon impérative le droit d'exiger un abaissement de la somme assurée avec adaptation simultanée de la prime.

L'al. 2 dispose clairement que ce mécanisme s'applique non seulement en cas de surassurance initiale, mais également lorsque la valeur d'assurance baisse ultérieurement.

Al. 3

Cette disposition régit les conséquences juridiques de la surassurance frauduleuse. Comme la situation juridique et les intérêts en jeu sont comparables avec ceux qui prévalent dans les cas d'assurance multiple frauduleuse, les conséquences juridiques de l'art. 82, al. 2 et 3, du projet s'appliquent par analogie.

Art. 89 Sous-assurance

Il y a sous-assurance lorsque la valeur de remplacement de la chose assurée dépasse la somme assurée. Cependant on ne tient compte d'un éventuel déséquilibre entre la valeur de remplacement et la somme assurée que lorsque les parties l'ont convenu en concluant une assurance à la valeur totale.

Les conséquences juridiques, formulées ici, qu'entraîne la sous-assurance *en cas de dommage partiel* se justifient par le fait que le preneur d'assurance a payé une prime trop basse par rapport à la valeur de la chose assurée. En cas de *dommage total*, l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance est restreinte d'emblée du fait que la somme assurée est inférieure à la valeur de remplacement (art. 87, al. 2, du projet), si bien qu'aucune réglementation spéciale n'est requise.

En cas de dommage partiel, l'entreprise d'assurance peut réduire sa propre prestation conformément au rapport existant entre la somme assurée et la valeur de remplacement. Par exemple, si la valeur de remplacement d'une chose se monte à 100 000 francs, alors que la somme assurée convenue n'est que de 80 000 francs, le rapport entre la valeur de remplacement et la somme assurée est de 100 à 80 %, et présente donc une différence de 20 %. Partant, seuls 80 % du dommage partiel seront payés; cela signifie que la prestation d'assurance sera réduite de 20 %. Si le dommage partiel se monte à 40 000 francs, seuls 32 000 francs seront par conséquent remboursés.

Contrairement au droit en vigueur (art. 69, al. 2, LCA), le projet de révision prévoit un aménagement semi-impératif, de sorte qu'une convention défavorisant le preneur d'assurance (p. ex. une réduction excessive) est exclue.

Dans l'assurance responsabilité civile, la question du champ d'application temporel de la couverture d'assurance revient régulièrement. Dans la pratique, trois variantes se sont développées, à savoir le principe de causalité, celui de la survenance du sinistre et enfin la règle du moment où la demande d'indemnisation a été déposée (*claims-made principle*). Ce qui est contesté, c'est principalement l'admissibilité de cette dernière. Toutefois, la question n'a jamais fait l'objet de vives discussions en Suisse. En outre, en décrivant le champ d'application temporel, le Tribunal fédéral protège la liberté contractuelle et se base, en l'absence d'une convention en la matière, sur le principe de causalité. Partant, il ne semble pas nécessaire de régler juridiquement le champ d'application temporel (cf. commentaire de l'art. 55 ci-dessus).

Afin d'accélérer le règlement des sinistres, le projet mis en consultation présumait l'existence d'une obligation de prestation pour l'entreprise d'assurance au cas où celle-ci n'aurait pas soumis, dans les trois mois suivant la date de dépôt d'une demande d'indemnisation, une proposition dûment motivée (cf. réglementation analogue à l'art. 79c LCR). Or divers participants à la consultation ont reproché à bon droit à une telle présomption d'empiéter sur les règles matérielles du droit de la responsabilité civile. Surtout, et c'est une opinion partagée par l'AIR, tout indique qu'en cas de doute, les entreprises d'assurance se contenteraient d'émettre un avis négatif dans le délai imparti, si bien que les preneurs d'assurance n'y gagneraient rien. Cela vaut notamment dans les cas demandant, pour juger de l'obligation de prestation, des examens plus poussés que ceux nécessaires dans les affaires de masse relevant de la LCR. Enfin, l'AIR n'a identifié aucun élément empirique suggérant qu'en Suisse, les assureurs en responsabilité civile repoussent intentionnellement et de façon systématique le règlement des sinistres. D'où l'absence de réglementation sur cette question.

Il est possible de renoncer aux prescriptions de procédure figurant dans le projet mis en consultation. Comme le code de procédure civile (CPC)⁴¹ prévoit déjà tous les instruments nécessaires, cette suppression ne portera pas à conséquence pour les parties concernées.

Art. 90 Etendue

Al. 1

Le droit actuel ne contient aucune disposition interdisant aux entreprises actives dans l'assurance responsabilité civile d'exclure des actions récursoires de la couverture d'assurance. Il arrive ainsi qu'un contrat d'assurance responsabilité civile ne couvre justement que les prétentions du lésé contre l'assuré, mais non les actions récursoires de tiers également tenus de fournir des prestations dans le cas du sinistre et autorisés à recourir contre l'assuré. Dans le cas d'une assurance responsabilité civile d'une entreprise, par exemple, tous les collaborateurs et auxiliaires sont généralement englobés dans la couverture d'assurance. Toutefois, des actions récursoires contre des collaborateurs ne faisant pas partie des cadres supérieurs peuvent être exclues (art. 59 LCA a contrario). Il est souvent fait usage de cette possibilité, avec pour conséquence que les collaborateurs concernés sont exposés au recours d'un

⁴¹ RS 272

tiers prestataire. D'autres cas présentent la même similitude. Si, par exemple, un chien mord un facteur assuré auprès de la Suva et que cette dernière entend recourir contre le propriétaire du chien, le dommage sera assumé par ledit propriétaire si l'entreprise d'assurance responsabilité civile de ce dernier a exclu la protection en matière d'actions récursoires. De telles exclusions – dont le preneur d'assurance n'est pas toujours conscient – vident de sa substance l'assurance responsabilité civile. C'est pourquoi le projet de révision contient une disposition en vertu de laquelle l'assurance responsabilité civile doit impérativement couvrir non seulement les prétentions en indemnisation du lésé, mais aussi les prétentions récursoires de tiers.

En revanche, on a renoncé à restreindre le droit dont dispose l'entreprise d'assurance de réduire sa prestation en cas de recours, si le sinistre résulte d'un dol éventuel ou d'une négligence grave (art. 41, al. 2, du projet). Cet aspect intervient surtout dans le cadre de recours relevant de l'assurance sociale, où une personne bénéficiant du privilège de recours selon l'art. 75 LPGa (p. ex. l'employeur causant un préjudice à un travailleur couvert par la sécurité sociale) peut être poursuivie en justice par l'assureur uniquement si elle a provoqué le dommage au moins par négligence grave. Le cas échéant, l'entreprise d'assurance privée aura le droit de réduire sa prestation vis-à-vis du preneur d'assurance, comme le prévoit l'art. 41, al. 2, du projet; en vertu de ce principe, celui-ci devra payer lui-même une partie du dommage. Il n'existe donc aucun argument qui justifierait d'accorder un tel droit seulement si le preneur d'assurance est poursuivi directement par le lésé, et non s'il a affaire au recours de l'assureur social. Par conséquent, la réduction au sens de l'art. 41, al. 2, du projet doit aussi s'appliquer aux cas de recours. Cette disposition autorise la pleine assurance du dol éventuel ou de la négligence grave, du moment que cela ne paraît pas contraire aux mœurs.

Al. 2

Cette disposition règle les frais de protection juridique liés à l'assurance responsabilité civile. Le projet de révision met à la charge de l'entreprise d'assurance les coûts des actions judiciaires et extrajudiciaires occasionnés par la défense contre les prétentions en responsabilité civile, pour autant que les dépenses consenties soient judicieuses au vu des circonstances ou qu'elles aient été provoquées par l'entreprise d'assurance. L'obligation de prise en charge des coûts se limite à la somme assurée. Toutefois, il n'incombe plus au preneur d'assurance de mener un procès ou de prendre d'autres dispositions lorsque l'entreprise d'assurance n'assume pas les coûts dépassant la somme assurée.

L'al. 2 est de nature dispositif et ne s'applique donc qu'au cas où les parties n'auraient pas convenu d'un autre règlement.

Art. 91 Droit d'action directe et droit d'être renseigné

Al. 1

Selon le droit en vigueur (art. 60, al. 1, LCA), le tiers lésé dans l'assurance responsabilité civile dispose d'un droit de gage légal sur la prestation d'assurance. Cette disposition a pour but de protéger les prétentions en réparation du lésé. Toutefois, le recours à la poursuite en réalisation de gage semble actuellement peu pragmatique. C'est pourquoi, par référence à des réglementations similaires (p. ex. art. 65, al. 1, LCR), le projet reprend la proposition de la commission d'experts, à savoir l'intro-

duction d'un droit pour le lésé d'intenter une action directe contre l'entreprise d'assurance responsabilité civile.

Par contre, il convient de renoncer à une inopposabilité des exceptions découlant de la LCA ou du contrat d'assurance (cf. art. 65, al. 2, LCR) dans le cadre de l'assurance responsabilité civile facultative. Le principe d'inopposabilité n'est en effet indiqué que là où l'étendue de la couverture d'assurance en faveur du lésé est prescrite par la loi, comme c'est régulièrement le cas dans l'assurance responsabilité civile obligatoire. Dans l'assurance responsabilité civile facultative, une inopposabilité des exceptions aurait pour conséquence que les clauses d'exception fixées contractuellement resteraient quasiment sans effet.

L'AIR se montre favorable à l'introduction du droit d'action directe, tout en exprimant une réserve pour les grandes entreprises à risques spéciaux qui, le cas échéant, souhaiteront déjà intervenir dans le premier procès. En outre, il faudrait inscrire dans la liste des devoirs d'information précontractuels de l'entreprise d'assurance le droit du lésé d'être renseigné. Une telle réglementation spéciale n'est pas nécessaire pour les entreprises à risques spéciaux. Car il est possible pour une entreprise d'assurance de conclure avec le preneur d'assurance un accord lui donnant le droit d'intervenir comme partie dans la procédure. Une extension des devoirs d'information ne paraît toutefois pas indiquée, d'autant moins que le lésé – à qui devrait s'adresser l'information – n'est normalement pas présent lors de la conclusion du contrat.

Pour préserver les droits de l'assuré, des vérifications ont également cherché à montrer s'il y avait lieu d'obliger l'entreprise d'assurance à informer les assurés de l'annonce directe d'un cas par le lésé, d'une part, et si, d'autre part, il fallait en pareil cas reconnaître aux assurés le droit de régler le cas eux-mêmes, c'est-à-dire sans l'aide de l'entreprise d'assurance. Si l'assuré et le lésé ne parviennent pas à s'entendre ou si l'assuré ne dispose pas de moyens financiers suffisants, il peut être à nouveau possible de faire appel à l'assurance responsabilité civile. Les raisons ayant conduit à renoncer à une telle réglementation sont les suivantes.

La plupart des assureurs responsabilité civile prévoient dans leurs conditions générales d'assurance que l'assuré doit annoncer sans délai le sinistre, sous peine de subir des sanctions. En outre, la souveraineté en matière de procédure passe généralement à l'entreprise d'assurance lors de l'annonce du sinistre. De telles réglementations visent premièrement à éviter que l'assuré ne péjore sa position, et donc indirectement aussi celle de l'entreprise d'assurance, par ses actes ou ses propos. Deuxièmement, il est plus facile de recueillir des preuves éventuelles immédiatement après un cas de responsabilité civile qu'à une date ultérieure. Ceci explique qu'aujourd'hui déjà, l'assuré soit tenu d'avertir sans délai son assurance responsabilité civile s'il souhaite qu'elle règle le sinistre.

Au cas où les négociations entre l'assuré et le lésé ayant exercé son droit d'action directe échoueraient, il serait à nouveau possible – selon la proposition ci-dessus – d'annoncer le cas à l'assureur responsabilité civile. Celui-ci devrait alors reprendre le règlement du sinistre dans une procédure en cours, avec tous ses inconvénients. Or une telle situation comporte un potentiel de conflit. Par ailleurs, le facteur temporel que comporte le règlement du sinistre par l'assureur joue également un rôle important. Comme indiqué plus haut, il est d'autant plus difficile de recueillir des preuves que le laps de temps écoulé avant l'annonce du cas de responsabilité civile est long. La question se pose donc de savoir dans quel délai l'assuré doit régler le sinistre pour être autorisé à le soumettre à nouveau à l'entreprise d'assurance. Faute

de pouvoir y apporter une réponse à caractère général, il a été décidé de ne pas prévoir de disposition en la matière.

Al. 2

Afin que le lésé puisse aussi exercer le droit d'action directe conféré par l'al. 1, il doit également disposer du droit d'être renseigné sur la protection que l'assurance responsabilité civile offre au responsable.

Al. 3

Il est surtout justifié d'assurer la protection du lésé pour les dommages corporels et matériels. Le projet limite donc le droit d'action directe et le droit d'être renseigné à ces genres de dommages, alors que l'assurance responsabilité civile ne tombe en principe pas dans le champ d'application de cette disposition lorsqu'il s'agit de dommages purement économiques. En revanche, en raison du caractère dispositif de l'al. 3, rien ne s'oppose à ce que les parties s'accordent afin de garantir le droit d'action directe dans une assurance responsabilité civile non obligatoire pour des dommages purement économiques.

Art. 92 Couverture d'assurance insuffisante

Al. 1

Cette disposition règle le cas où les moyens permettant de satisfaire entièrement à toutes les prétentions font défaut, du fait que les prétentions en responsabilité civile émanant de différents lésés dépassent la somme assurée lorsqu'on les additionne. Le cas échéant, les prétentions devront être réduites proportionnellement (cf. aussi art. 66 LCR).

Al. 2

L'al. 2 a pour but de protéger l'entreprise d'assurance contre les doubles paiements. Dans la mesure où l'entreprise a fourni une prestation de manière involontaire (p. ex. en raison d'un jugement) ou de bonne foi à un lésé mais que cette prestation dépasse les prétentions de ce dernier selon l'al. 1, elle ne peut plus être poursuivie par les autres lésés pour le volume correspondant.

Art. 93 Rentes

Al. 1

A l'instar de l'art. 92, cette disposition de nature semi-impérative sert à protéger l'entreprise d'assurance contre des prestations ou autres engagements excessifs. Elle stipule que l'entreprise d'assurance ne doit pas payer un montant supérieur à la somme assurée. Il faut donc définir pour les rentes par capitalisation si la valeur capitalisée d'une rente dépasse la somme assurée. Si tel est le cas, la rente doit être réduite en proportion de la différence entre sa valeur capitalisée et la somme assurée.

Al. 2

Les prescriptions du droit de la surveillance en matière de solvabilité offrent suffisamment de sécurité concernant les prétentions à la rente du lésé. En dérogation à l'art. 43, al. 2, CO, tant l'assuré que l'entreprise d'assurance peuvent donc être libérés de l'obligation de fournir des sûretés.

L'assurance protection juridique est réglée uniquement aux art. 161 ss OS – si l'on excepte l'art. 32 LSA, qui statue sur les principes de base régissant son organisation. Les dispositions de l'ordonnance sont pour l'essentiel une adaptation autonome de la directive 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique (JO L 185 du 4.7.1987, p. 77). La directive, et partant l'ordonnance sur la surveillance, ont pour objectif principal d'éviter ou de résoudre les conflits d'intérêts qui pourraient résulter des positions divergentes de l'assuré faisant l'objet de la protection juridique, d'un côté, et de l'entreprise d'assurance, de l'autre. Alors que l'issue d'un litige est décisive surtout pour l'assuré, l'entreprise d'assurance a avant tout intérêt à ce que le déroulement de la procédure dont elle devra assumer les conséquences se déroule à moindres frais. La majorité des dispositions en vigueur en matière d'assurance protection juridique ayant fait leurs preuves, leur contenu ne doit pas être modifié ou ne doit l'être que de manière marginale. En revanche, pour des questions de systématique, il paraît inadéquat que l'ordonnance sur la surveillance (OS) renferme de nombreuses prescriptions relevant de la législation en matière de contrat. D'où la proposition de les transférer dans la LCA. Il s'agit des art. 162, 163 et 166 à 170 OS. Ni les dispositions organisationnelles (art. 164 et 165 OS), ni la définition de l'assurance protection juridique figurant à l'art. 161 OS ne sont reprises dans la LCA. On renonce à cette dernière dans l'OS parce que, d'une part, on évite dans la mesure du possible les définitions dans le projet et que, d'autre part, la description des branches d'assurance est soumise à l'autorisation des entreprises d'assurance (cf. art. 4, al. 2, let. k, LSA⁴²). Les conditions nécessaires à l'autorisation doivent être réglées dans le droit de la surveillance.

Art. 94 Champ d'application

Cette disposition exclut du champ d'application la défense ou la représentation par l'entreprise d'assurance des personnes assurées auprès d'elle contre les prétentions en responsabilité civile. En effet, contrairement à ce qui est le cas dans l'assurance protection juridique, les intérêts de l'assuré et de l'entreprise d'assurance se recourent largement dans l'assurance responsabilité civile, étant donné que chacun a tout intérêt à une issue la plus favorable possible du procès en responsabilité civile. Par ailleurs, l'intensité de ces intérêts convergents resterait susceptible de varier. Selon les circonstances, il n'est pas si important pour l'assuré de gagner le procès en responsabilité civile, du moment que de toute façon l'entreprise d'assurance responsabilité civile prend en charge les prétentions des lésés. On peut même envisager que l'assuré en vienne à souhaiter perdre le procès en responsabilité civile, étant plus intéressé au dédommagement du lésé qu'à la défense de la prétention (p. ex. si cela lui permet de conserver un bon client ou de rester en termes de bon voisinage). Même dans cette optique, il paraît justifié d'exclure les mesures de défense de l'entreprise d'assurance responsabilité civile du champ d'application des dispositions proposées ici, sans quoi l'entreprise d'assurance ne serait plus autorisée à se réserver la pleine souveraineté en matière de procédure dans les conditions d'assurance.

On a en revanche renoncé à une disposition d'une teneur similaire à celle de l'art. 162, let. b, OS, qui se réfère justement à la directive susmentionnée. Cette réglementation n'a quasiment aucune importance pratique en Suisse.

Art. 95 Dispositions générales

Cet article correspond matériellement à l'art. 166 OS, qui renferme notamment des règles sur la «garantie» protection juridique et sur le devoir d'information.

Art. 96 Droits et devoirs de l'entreprise gestionnaire des sinistres

Cet article dispose que l'entreprise gestionnaire des sinistres détient, dans ses relations avec l'assuré, la position juridique de l'entreprise d'assurance. D'où la possibilité de faire valoir directement tous les droits découlant du contrat d'assurance à l'encontre de l'entreprise gestionnaire des sinistres, l'entreprise d'assurance étant liée par les actions de cette dernière.

Art. 97 Choix d'un représentant légal

Al. 1 et 4

Ces dispositions correspondent à l'art. 167, al. 1, OS, adapté des points de vue rédactionnel et systématique. En principe, la loi révisée devrait également laisser à l'entreprise d'assurance la possibilité de fournir ses propres prestations juridiques. Cependant l'assuré doit avoir le droit, comme dans le droit actuel, de faire appel à un avocat de son choix lorsqu'il doit se faire représenter et en cas de conflit d'intérêts. Il peut y avoir conflit d'intérêts lorsque l'entreprise d'assurance protection juridique ou l'entreprise gestionnaire des sinistres fait partie du même groupe qu'une autre entreprise d'assurance à l'égard de laquelle une créance est invoquée ou que cette entreprise est d'une autre manière partie prenante au litige.

L'al. 4 oblige l'entreprise d'assurance à couvrir les frais d'avocat. Sous réserve des réglementations applicables à l'indemnisation en cas de représentation devant le tribunal, il est possible de convenir en principe librement des honoraires d'avocat, tout en tenant compte usuellement des intérêts en jeu et de la valeur du litige; souvent, les ordres cantonaux des avocats édictent des recommandations concernant les honoraires à percevoir dans ce contexte. Dans la mesure où la loi ou le contrat d'assurance prévoient ici la prise en charge des frais, l'entreprise d'assurance est cependant obligée d'accorder une garantie de prise en charge des frais. De la sorte, elle peut certes passer avec l'avocat un accord sur les honoraires, mais ne saurait faire dépendre de l'approbation d'un tel accord par l'avocat la garantie de prise en charge des frais. Dans la pratique, les entreprises d'assurance adressent directement leur garantie de prise en charge des frais aux avocats. Cette méthode s'assimile à une offre de conclure un contrat de reprise de dette privative au sens de l'art. 176, al. 2, CO, cette offre pouvant aussi, conformément à l'art. 176, al. 3, CO, être acceptée de manière implicite, par exemple lorsque l'avocat commence à agir dans l'intérêt de l'assuré. La communication de la garantie de prise en charge des frais par l'assuré lui-même aboutit au même résultat, pour autant que l'entreprise d'assurance ne le contredise pas (art. 176, al. 2, CO). A travers la garantie de prise en charge des frais, les parties instaurent un rapport de droit autonome, l'entreprise d'assurance devenant alors l'unique débitrice de l'avocat. Partant, des exceptions relevant du contrat d'assurance ne peuvent pas être opposées à l'avocat (art. 179, al. 3, CO). Si

l'entreprise d'assurance entend se réserver une exception, elle doit le spécifier explicitement à l'avocat dans la garantie de prise en charge des frais. Etant donné que cette garantie est elle-même un rapport de droit autonome, la prétention de l'avocat prend fin non pas avec l'art. 64, mais selon les dispositions du CO.

Le contenu de la garantie de prise en charge des frais peut être restreint dans le contrat d'assurance. Il s'ensuit que l'assuré reste débiteur des honoraires hors garantie de prise en charge des frais.

Al. 2

Cet alinéa correspond à l'art. 167, al. 3, OS, avec cependant une nouveauté puisque l'obligation d'information doit être étendue aux deux cas où il est fait appel à un avocat, selon l'al. 1.

Al. 3

Cette disposition reprend l'art. 167, al. 2, OS, en y apportant des modifications d'ordre rédactionnel et matériel. Jusqu'à présent, la branche de l'assurance partait du principe que la représentation juridique pouvait être sollicitée aussi bien par l'entreprise d'assurance que par l'assuré, même si pour l'entreprise d'assurance la possibilité de mandater restait réservée dans les conditions d'assurance usuelles. Mais le flou concernant le partenaire contractuel de l'avocat demeure dans bien des cas. En principe, on peut distinguer trois variantes de mandats formulés par l'entreprise d'assurance: la représentation directe et la stipulation pour autrui parfaite et imparfaite, en l'occurrence pour l'assuré. Selon la variante choisie, les droits issus du mandat, notamment le droit de donner des instructions relevant du droit du mandat, reviennent à l'entreprise d'assurance. Par ailleurs, l'assuré, en fonction du statut juridique de l'entreprise d'assurance, peut subir une résiliation du contrat sans pouvoir se défendre. Ceci est particulièrement dérangeant dans le cas des mandats qui peuvent à tout moment être résiliés en vertu de l'art. 404, al. 1, CO. L'al. 3, dans son nouveau libellé, dispose clairement que seul l'assuré peut octroyer le mandat. L'incertitude qui existait depuis des années quant à savoir qui était le partenaire contractuel de l'avocat est ainsi levée. Cette nouvelle formulation tient particulièrement compte du fait que, dans un rapport de mandat, la confiance entre l'avocat et le client est prépondérante. En tant que client, l'assuré peut faire valoir de manière autonome les droits découlant du mandat, ce qui lui confère également le droit de donner des instructions, qui relève du droit du mandat. En outre, il décide lui-même de la dissolution du contrat (art. 404, al. 1, CO). De la sorte, la souveraineté en matière de procédure repose d'un point de vue formel sur l'assuré. Toutefois, ce dernier est tenu de diminuer le dommage (art. 33, al. 1, du projet), l'exigence d'approbation souvent réservée dans les conditions d'assurance pour ce qui est des décisions de principe (ouverture d'un procès, moyens de recours ou transaction) pouvant être qualifiée de concrétisation de cette obligation de diminuer le dommage (art. 33, al. 2, du projet). Le fait de ne pas demander l'approbation de l'entreprise d'assurance pour certaines étapes de la procédure ou l'exercice d'autres droits violant l'obligation découlant des rapports contractuels peuvent donc, aux conditions précisées à l'art. 41, al. 5, du projet, induire une réduction des prestations.

L'entreprise d'assurance a la possibilité de se réserver l'approbation de la demande de mandats, et partant, dans le cas d'espèce, d'écarter l'attribution d'un mandat à un représentant légal qui ne lui convient pas. D'autres restrictions telles que la limitation du choix des avocats à un certain arrondissement judiciaire ne peuvent cepen-

dant pas être convenues. De plus, le droit de refuser n'est pas non plus illimité. Au contraire, après un refus, l'entreprise d'assurance est tenue d'accepter un des trois représentants proposés qui n'ont aucun lien entre eux (il y a lien notamment si les personnes proposées font partie de la même étude).

Outre la représentation nécessaire et le conflit d'intérêts, d'autres situations sont envisageables, dans lesquelles un avocat est mandaté et où il faut ainsi définir la compétence en matière de choix. C'est ainsi que, dans le cas d'une entreprise d'assurance composite qui n'exploite pas d'assurance gestionnaire des sinistres juridiquement autonome, l'art. 32, al. 1, let. b, LSA accorde à l'assuré le droit de faire appel à un représentant légal indépendant pour défendre ses intérêts. La compétence en matière de choix relève ici du seul assuré; réserver un droit de révocation s'avère irrecevable. Dans les autres cas qui ne relèvent ni de l'art. 32, al. 1, let. b, LSA, ni de l'art. 97, al. 1, du projet, le pouvoir de choisir appartient, en vertu du principe *in maiore minus*, à l'entreprise d'assurance, laquelle peut déjà statuer concernant le recours en tant que tel à un avocat. On aboutit à un résultat identique si l'on interprète a contrario l'al. 3 et l'art. 32, al. 1, let. b, LSA. Lorsque le contrat d'assurance ne contient aucune réglementation spécifique concernant la compétence en matière de choix, il y a lieu d'appliquer par analogie l'al. 3.

Généralement, il incombe à l'assuré d'octroyer une procuration à l'avocat. L'entreprise d'assurance est quant à elle uniquement autorisée à le faire lorsqu'elle y a été expressément habilitée par l'assuré. Cela découle de l'art. 396, al. 3, CO, en vertu duquel il faut expressément un pouvoir spécial pour intenter un procès ou pour transiger. La même exigence s'applique aussi dans le cas où un pouvoir spécial doit être octroyé à un tiers par une personne qui n'est pas identique au mandataire. Ainsi, le droit de l'entreprise d'assurance de donner procuration ne peut pas être réservé dans les conditions d'assurance.

Art. 98 Devoir d'information dans le cadre d'un avis de sinistre

Cette disposition reprend, avec quelques adaptations rédactionnelles, le contenu de l'art. 163 OS, qui astreint l'entreprise d'assurance à informer le preneur d'assurance sur le droit de choix dont il dispose selon l'art. 32, al. 1, let. b, LSA.

Art. 99 Levée du secret professionnel

Un avocat mandaté dans le cadre de l'assurance protection juridique n'est autorisé à donner des renseignements que s'il est délié de son secret professionnel (cf. art. 321 CP⁴³). Selon l'art. 168 OS repris ici, le preneur d'assurance peut certes être contraint contractuellement de délier l'avocat du secret professionnel. Toutefois, une telle levée ne peut pas intervenir préalablement et sans rapport avec le cas concret; elle n'est pas non plus applicable s'il y a conflit d'intérêts et que la transmission à l'entreprise d'assurance des informations de l'avocat peut entraîner des inconvénients pour le preneur d'assurance.

⁴³ RS 311.0

Art. 100 Procédure en cas de divergences d'opinion

Cette disposition reprend, en l'adaptant au niveau rédactionnel, le contenu normatif de l'art. 169 OS, qui expose la procédure spéciale prévue en cas de divergences d'opinion.

Art. 101 Honoraires dépendant du résultat

Cette disposition correspond du point de vue matériel à l'art. 170 OS. La référence à l'entreprise gestionnaire des sinistres est obsolète étant donné que celle-ci exerce, selon l'art. 96, les droits et les obligations de l'entreprise d'assurance.

2.2.3.4 Section 6 Assurance-vie

Les dispositions suivantes règlent les situations particulières relevant de l'assurance-vie. Une disposition correspondant à l'art. 82 LCA n'a pas été reprise, ce qui n'entraîne toutefois pas de modification matérielle, la primauté relative du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite s'appliquant déjà.

Art. 102 Cession et nantissement

Cette disposition reprend, sous une forme condensée, la teneur du droit en vigueur dans le domaine de l'assurance de personnes (art. 73, al. 1, LCA). D'un point de vue systématique, elle est désormais inscrite dans les réglementations spéciales concernant l'assurance-vie, étant donné qu'en pratique, les actes de disposition portant sur des prétentions d'assurance interviennent surtout dans le domaine de l'assurance-vie. Comme le droit en vigueur a fait ses preuves, non seulement la forme écrite au sens de l'art. 13 CO mais aussi la remise de la police, ainsi qu'un avis écrit à l'entreprise d'assurance, continueront d'être exigés pour que la constitution du gage et la cession de prétentions découlant de contrats d'assurance-vie soient valables.

Pour éviter tout abus suite au changement non contrôlé des ayants droit, les polices avec clauses au porteur ne seront plus autorisées à l'avenir. L'on renonce dès lors à la disposition de l'art. 73, al. 2, LCA dans ce sens – par souci surtout de prévenir le blanchiment d'argent.

Art. 103 Désignation de bénéficiaires

Al. 1

Cette disposition reprend pour l'essentiel le droit en vigueur (art. 76, al. 1, LCA). Elle règle la liberté du preneur d'assurance de désigner un bénéficiaire.

Al. 2

Le droit en vigueur autorise le changement de bénéficiaire sans l'assentiment de la personne assurée, ce qui est considéré comme une grave lacune en matière de protection. Car aux yeux de la personne assurée, la personne du bénéficiaire peut constituer un critère décisif dans sa décision à accepter le contrat ou non. Par conséquent, les changements de bénéficiaires doivent aussi se faire avec l'accord de la personne assurée, qui ne peut être donné à titre provisionnel lors de la conclusion du contrat déjà.

Al. 3

Cet alinéa règle les droits des autres bénéficiaires ou des bénéficiaires suivants, pour le cas où un bénéficiaire perdrait son droit pour avoir causé intentionnellement le sinistre (cf. art. 41, al. 1, let. a, du projet). Les droits des autres bénéficiaires ou des bénéficiaires suivants doivent continuer à s'accroître par fractions égales (conformément à l'art. 84, al. 4, LCA). Il serait inadéquat de pénaliser les bénéficiaires hors de cause, par rapport au droit en vigueur, au profit de l'entreprise d'assurance. Toute solution qui consisterait à calculer les droits des autres bénéficiaires ou des bénéficiaires suivants comme si le bénéficiaire ayant perdu ses droits avait touché la prestation, générerait des bénéfices de liquidation non justifiés pour l'entreprise d'assurance.

Al. 4

La désignation irrévocable du bénéficiaire ainsi que la possibilité de changer ultérieurement de bénéficiaires ont fait leurs preuves dans le droit en vigueur. L'al. 4 reprend par conséquent, de manière condensée, la réglementation en vigueur (art. 77 LCA), la renonciation à la révocation devant s'effectuer par écrit, conformément à l'art. 13 CO. Désormais, dans le cas de l'assurance au décès d'autrui, tant la justification que tout changement de la clause bénéficiaire requièrent le consentement de l'assuré en la forme écrite (cf. al. 2).

Al. 5

Cet alinéa reprend le contenu du droit en vigueur, qui confère au bénéficiaire un droit de créance propre en cas de survenance du sinistre.

Al. 6

Cette disposition contient une nouvelle réglementation de droit dispositif en cas de disparition d'un bénéficiaire. La règle vise à imposer si possible l'ordre des bénéficiaires choisi par le preneur d'assurance, de façon à ce qu'en cas de décès prématuré d'un bénéficiaire pour lequel aucun bénéficiaire par défaut n'a été désigné, ses descendants puissent prétendre à la prestation d'assurance.

Le projet ne renferme aucune réglementation sur la succession, car la définition des notions relevant surtout du droit de la famille ou du droit de succession n'est pas l'affaire de la LCA. En outre, ces questions sont réglées la plupart du temps dans les conditions générales d'assurance. La répartition de la somme assurée entre les bénéficiaires est en règle générale fixée par la convention des parties et n'a donc pas sa place dans la loi.

Art. 104 Répudiation de la succession

Cette disposition reprend le principe de l'art. 85 LCA. En fait, le projet ne distingue plus entre différentes catégories de bénéficiaires, aucun motif ne paraissant justifier l'inégalité de traitement entre les héritiers. Cette disposition prévoit que tout bénéficiaire, qu'il soit nommément désigné dans la police ou que la clause bénéficiaire lui échoie au titre de conjoint, de descendant, d'ayant cause ou de tout autre manière, acquerra les prestations d'assurance même s'il répudie la succession. Elle prend une importance particulière lorsque le preneur d'assurance est surendetté et que les héritiers sont contraints de répudier la succession pour préserver leurs intérêts. Les conventions selon lesquelles aucune prestation d'assurance ne serait due en cas de répudiation sont illicites.

Les contrats d'assurance-vie avec constitution de capital se caractérisent par une longue durée contractuelle, où tant les prestations d'assurances que le montant des primes sont déjà fixés à la conclusion du contrat. Pour calculer le montant des primes, l'entreprise d'assurance définit dans une projection se fondant sur des modèles actuariels un prix plafond garanti pour le produit d'assurance. Cependant, les modèles de base dépendent de nombreux paramètres liés notamment à l'évolution démographique et économique et dont l'importance, étant donné la durée généralement longue des contrats d'assurance-vie, ne peut être estimée qu'avec de grandes incertitudes. C'est pourquoi les entreprises d'assurance calculent une prime moyenne qui reste constante sur toute la durée du contrat. Les prestations assurées lors de la conclusion du contrat sont également garanties pour toute la durée du contrat. Aucun changement ultérieur unilatéral, ni aucune adaptation unilatérale de ces parties constitutives de contrat n'est possible. Pour bien prendre en considération ces nombreux risques, les entreprises d'assurance effectuent, surtout pour des raisons de solvabilité et en intégrant des suppléments de sécurité, un calcul des primes aussi prudent que possible. Si les primes ont été calculées avec une telle prudence qu'elles dépassent le besoin effectif de risque et de coûts et qu'il en résulte un bénéfice pour l'entreprise d'assurance, le preneur d'assurance y participera. Aussi, au moment de conclure le contrat, une prestation supplémentaire sous la forme de participation aux excédents est assurée au preneur d'assurance en sus des prestations vie ou décès. Certes, le montant de la participation aux excédents ne peut être chiffré avec exactitude au moment de la conclusion du contrat, mais le preneur d'assurance pourra se faire une idée, à l'aide de simulations établies sur la base d'estimations actuarielles réalistes, de l'évolution probable des valeurs (cf. aussi art. 12, al. 2, let. b, du projet).

Actuellement, la LCA ne règle la participation aux excédents que de manière accessoire (art. 94 LCA). Certes, la réglementation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (art. 3 LCA) contient une disposition relative à la participation aux excédents, mais elle ne concerne que les devoirs d'information précontractuels de l'entreprise d'assurance. Conformément à la LSA, l'entreprise d'assurance doit remettre chaque année un décompte vérifiable sur la participation aux excédents. L'OS définit en outre le contenu des bases contractuelles et règle les bases du calcul des excédents, ainsi que les principes relatifs à la distribution des excédents et à l'excédent final. La norme proposée ici vise à régler uniformément, dans la LCA, les dispositions axées sur le droit privé.

Al. 1

Cette disposition semi-impérative reprend – avec des modifications rédactionnelles et en la complétant au sujet de l'excédent final – la réglementation de l'art. 130 OS et statue sur le contenu minimal des devoirs d'information contractuels de l'entreprise d'assurance relatifs à la participation aux excédents. A cet égard, la let. a entend régler en particulier le fait que le preneur d'assurance acquiert dès la distribution des excédents – ce qui n'est pas le cas pour l'excédent final – un droit sur la valeur actuelle calculée suivant les bases contractuelles actuarielles. Certes, l'obligation faite à l'entreprise d'assurance de se prononcer dans le contrat sur les points mentionnés à l'al. 1 entraîne des recoupements avec les devoirs d'information précontractuels au sens de l'art. 12. Cette redondance partielle s'inscrit pourtant dans l'esprit même du devoir d'information précontractuel et naît par exemple aussi

lorsqu'il s'agit de définir l'étendue de la couverture d'assurance (art. 12, al. 1, let. c, du projet et conditions générales d'assurance).

Al. 2 et 3

A l'instar de l'al. 1, l'al. 2, semi-impératif, provient du droit de la surveillance (art. 36, al. 2, LSA et art. 130, let. e, OS) et sert de la même façon à protéger les besoins d'information du preneur d'assurance. L'entreprise d'assurance est tenue d'informer chaque année le preneur d'assurance de la distribution et du niveau des parts d'excédents individuelles. Elle forme ainsi, aux côtés du devoir d'information précontractuel et de l'obligation au sens de l'al. 1, le troisième niveau dans la description du droit aux excédents. L'information doit notamment porter sur les bases de calcul des excédents et sur les clés de distribution. L'information concrète exigée dépend du système de répartition convenu par contrat. Dans tous les cas, il y a lieu d'indiquer comme grandeurs de base, pour chaque contrat comprenant une partie épargne, l'excédent d'intérêts ainsi que la rémunération globale. L'art. 3 reprend les dispositions de l'art. 36, al. 3, LSA, qui habilite le conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution de l'al. 2.

Al. 4

Il est possible de conclure par contrat que, en sus des parts d'excédents courantes à l'échéance du contrat, sera versée une part d'excédents finale dont le montant dépend en général de la durée du contrat et de l'importance de la somme assurée. Le versement d'une part d'excédents à l'échéance du contrat s'est imposé entre-temps comme instrument de concurrence efficace. En référence au droit de la surveillance en vigueur (art. 138, al. 3, OS), le preneur d'assurance doit désormais obtenir une partie adéquate, dépendant de la durée du contrat écoulée, de la part d'excédents finale qui lui reviendra, et ce non seulement à l'échéance du contrat, mais aussi en cas de rachat ou, si cela a été convenu par contrat, de décès ou d'invalidité et en cas de transformation du contrat. Ce régime vise à mettre fin à la pratique souvent injustifiée consistant à ne verser l'excédent final qu'à la fin du contrat arrivant à échéance.

Art. 106 Fin anticipée

Cette disposition remplace le droit de retrait inscrit dans l'art. 89 LCA par un droit de résiliation.

Le droit en vigueur (art. 90 ss LCA) offre déjà deux formes de désinvestissement de contrats d'assurance-vie: transformation pour toute assurance-vie pour laquelle les primes ont été payées pour trois ans au moins, ou rachat dans le cas de toute assurance-vie qui, dans ses calculs techniques, vise une prestation pour laquelle il est certain que l'événement assuré se réalisera et qui est dès lors liée à un processus d'épargne. Le présent projet reprend cette pensée fondamentale, en opérant divers ajustements et regroupements systématiques. Les conséquences juridiques du retard de versement des primes dans l'assurance-vie avec constitution de capital s'orientent en particulier sur les dispositions relatives à la transformation et au rachat. La réglementation spéciale prévue à l'art. 93 LCA devient dès lors obsolète.

Art. 107 Transformation

Cette disposition semi-impérative reprend le droit en vigueur (art. 90, al. 1, LCA). Dans la transformation le contrat n'est pas dissous, mais réaménagé, totalement ou partiellement en une assurance libérée du paiement des primes: les prestations assurées sont réduites de façon à correspondre à peu près à celles que peut financer un versement unique à hauteur de la valeur de rachat au moment de la transformation. D'où la nécessité d'une réserve mathématique positive, ce qui rend caduque le versement de trois ans de primes (art. 90, al. 1, LCA). La valeur de transformation se calcule selon les bases techniques du contrat d'assurance (cf. art. 109 du projet pour le calcul de la valeur de transformation prescrit par le droit de la surveillance).

Le contrat peut conditionner la transformation à une valeur minimale. Si cette valeur minimale n'est pas atteinte, l'entreprise d'assurance doit accorder au preneur d'assurance un dédommagement approprié qu'il convient de prévoir dans les bases du contrat. A cet égard, le caractère approprié se mesure fondamentalement à la valeur réelle de la valeur de transformation.

Art. 108 Rachat

Si l'assurance pour laquelle il est certain que l'événement assuré se réalisera (*dies certus an*) a une valeur de rachat, le preneur d'assurance peut à la fin du contrat, et quelle que soit la partie au contrat prononçant la résiliation, opter pour le rachat plutôt que pour la transformation. Sont concernées l'assurance décès vie entière ou l'assurance-vie mixte. Dès lors, la simple assurance en cas de vie et l'assurance décès temporaire ne sont pas susceptibles de rachat.

Avec le rachat, le contrat est entièrement ou partiellement résilié et l'entreprise d'assurance rembourse la valeur de rachat au preneur d'assurance. Celle-ci est déterminée en fonction de la valeur de règlement au rachat disponible au moment de la résiliation et calculée en général selon les bases techniques du contrat d'assurance. La valeur de rachat correspond pour l'essentiel à la réserve mathématique d'inventaire, déduction faite des frais d'acquisition non amortis et du risque d'intérêt. Pour qu'il y ait rachat il faut, comme pour la transformation, qu'une valeur de rachat existe bel et bien, condition dûment précisée par la formulation proposée.

La disposition est de caractère semi-impératif et s'applique même en cas de suicide de la personne assurée capable de discernement.

Art. 109 Valeurs de règlement

Al. 1

Les valeurs de règlement sont soumises à l'autorité de surveillance pour approbation avant leur application (art. 127, al. 1, OS), leur mode de calcul étant déjà réglé dans le droit de la surveillance. Elles doivent être équitables (art. 127, al. 2, let. a, OS), ce qui est le cas, selon la pratique de la FINMA, lorsqu'il existe un équilibre entre les intérêts de la communauté des assurés restants et ceux du preneur d'assurance à indemniser.

L'al. 1 astreint les entreprises d'assurance à indiquer dans le contrat les bases de calcul de la valeur de rachat et de la valeur de transformation approuvées par l'autorité de surveillance. Cette pratique vise à garantir que les bases de calcul seront portées à la connaissance des assurés.

Al. 2

La première partie de la disposition introduit l'obligation pour l'entreprise d'assurance de communiquer spontanément chaque année la valeur de rachat. Cette prescription complète le devoir d'information précontractuel prévu à l'art. 12, al. 2, let. b, du projet; elle est également en relation directe avec la disposition sur le rachat fixée à l'art. 108 du projet, en ce sens que le preneur d'assurance, régulièrement informé de la valeur de rachat individuelle, est capable de juger si un rachat en vaut la peine ou non.

Il n'a pas été jugé nécessaire de fixer un délai légal à l'entreprise d'assurance pour communiquer la valeur de transformation. Cependant, il va de soi que l'information doit être communiquée dans un laps de temps raisonnable. Le délai de quatre semaines en vigueur jusqu'ici sert toujours de référence.

Il est par ailleurs jugé suffisant que les données livrées par l'entreprise d'assurance puissent être vérifiées par l'autorité de surveillance (al. 3). La disposition fixée à l'al. 2 entend également éviter les problèmes liés à la protection du secret qui se sont posés dans le cadre de la LCA en vigueur, lors de conflits relatifs aux valeurs de transformation communiquées.

Al. 3

En cas de rachat ou de transformation d'un contrat d'assurance, le preneur d'assurance peut faire examiner gratuitement par l'autorité de surveillance les valeurs de règlement déterminées par l'entreprise d'assurance. La révision porte sur l'exactitude des valeurs et consiste à s'assurer que les bases techniques approuvées par l'autorité de surveillance (art. 127 OS) et les principes fixés dans le contrat correspondent et sont corrects sur le plan mathématique. Les valeurs de règlement comprennent aussi les parts d'excédents réparties, dans la mesure où elles sont susceptibles de rachat.

Art. 110 Droit de gage et valeur de rachat

L'entreprise d'assurance ne doit pas être pénalisée par le nantissement du droit découlant de l'assurance. Pour cette raison, elle peut se prévaloir à l'égard du bénéficiaire d'un gage des mêmes exceptions que celles qu'elle peut opposer à l'ayant droit.

Art. 111 Devoir d'information dans l'assurance collective

Sur le modèle du droit en vigueur (art. 3, al. 3, LCA), le preneur d'assurance dans l'assurance collective sur la vie est tenu de renseigner les tiers assurés, après la conclusion et pendant la durée du contrat, sur ses principaux éléments, ses modifications et sa dissolution. Les employés assurés doivent être informés des principales modifications du contrat, en particulier de la résiliation du contrat d'assurance entre l'institution de prévoyance en faveur du personnel et l'entreprise d'assurance-vie, ou de sa suspension par l'entreprise d'assurance-vie à la suite d'un retard pris par l'institution de prévoyance en faveur du personnel dans le versement des primes.

2.2.3.5

Section 5 Assurance-maladie et assurance-accidents

Art. 112 Portefeuilles fermés

Al. 1

Il arrive que des entreprises d'assurance proposent à des preneurs d'assurance jeunes et en bonne santé de nouveaux produits assortis de primes avantageuses et ressemblant largement aux produits existants. Les personnes déjà assurées qui présentent un risque de maladie plus élevé ne se voient pas proposer ces produits et restent dans leur portefeuille actuel, qui par conséquent n'est plus élargi (portefeuille fermé). Si l'entreprise d'assurance n'ajoute plus de bons risques dans le portefeuille, les tarifs des primes risquent d'augmenter massivement et de rendre l'assurance complémentaire hors de prix pour de nombreux preneurs d'assurance, alors même que ceux-ci ont acquitté leurs primes pendant de nombreuses années.

La disposition proposée vise à éviter de telles conséquences en octroyant au preneur d'assurance d'un portefeuille fermé le droit de conclure, en lieu et place du contrat précédent, un contrat aussi équivalent que possible dans un portefeuille ouvert de l'entreprise d'assurance ou d'une entreprise d'assurance appartenant au même groupe. L'art. 112, semi-impératif, transpose ainsi dans la LCA le contenu de l'art. 156 OS, axé sur le droit privé.

Al. 2

Si un portefeuille est fermé et qu'un portefeuille ouvert est disponible, l'entreprise d'assurance doit informer sans délai les preneurs d'assurance concernés du droit de changer, ainsi que des couvertures d'assurance proposées dans le portefeuille ouvert.

Al. 3

Le calcul de la prime du premier contrat d'assurance s'effectue en fonction de l'âge et de l'état de santé du preneur d'assurance lors de la conclusion du contrat. Un nouveau calcul basé sur les valeurs actuelles pourrait entraîner dans certains cas des hausses de primes significatives. Pour éviter une telle situation, les valeurs initiales doivent aussi être contraignantes pour le nouveau contrat. Toutefois, l'entreprise d'assurance peut pondérer ces facteurs suivant le tarif déterminant; elle n'est dès lors pas liée au tarif du premier contrat. Pour l'assuré, le changement peut donc être assorti, selon le tarif, d'une augmentation ou d'une réduction de prime.

Art. 113 Provisions de vieillissement

Al. 1

Pour que la charge des primes reste supportable pour les preneurs d'assurance, même s'ils ont un âge avancé, la tarification permet de constituer constamment des provisions de vieillissement dans l'assurance-maladie. Sans base légale correspondante, ces provisions restent en principe, en cas de départ du tiers assuré, dans le portefeuille de l'entreprise d'assurance.

Cette disposition se réfère pour l'essentiel à l'art. 155, al. 1, OS et est adaptée aux nouvelles circonstances (elle ne prévoit plus de droit de résiliation en cas de sinistre). Le preneur d'assurance doit avoir, aussi bien en cas de résiliation ordinaire qu'à l'échéance du contrat sans prolongement, le même droit au remboursement des

provisions de vieillissement. Il est sinon particulièrement difficile pour les personnes âgées de trouver une couverture d'assurance abordable dans la mesure où l'assureur direct garde les provisions de vieillissement

Al. 2

Cette disposition se réfère à l'art. 155, al. 2, OS et oblige l'entreprise d'assurance à définir dans le contrat le montant ainsi que la base de calcul de la part des provisions de vieillissement à restituer. Elle peut entraîner des recouvrements avec les devoirs d'information précontractuels visés à l'art. 12 du projet, ce qui se justifie au vu de la nature de ces devoirs.

Art. 114 Causes concomitantes

Cette disposition oblige l'entreprise d'assurance à prouver que les conditions de la suppression ou de la diminution de la préention sont remplies. Cependant, pour des raisons relevant du droit de la protection des données, l'entreprise d'assurance ne peut souvent pas obtenir d'informations sur l'état antérieur de l'assuré. Aussi l'al. 2 prévoit-il un devoir de collaboration de l'assuré en matière de détermination des faits.

Art. 115 Relations avec l'assurance facultative d'indemnités journalières

Cette disposition semi-impérative reprend l'actuel art. 100, al. 2, LCA. Des critiques ont été exprimées lors de la consultation sur le renvoi actuel, qui inclut l'al. 2, et la suppression de cet alinéa demandée. Son abrogation reviendrait certes à donner aux assurés au chômage le droit de passer dans l'assurance individuelle, mais le droit à l'information correspondant et ses conséquences juridiques disparaîtraient. Il paraît donc indiqué de maintenir la réglementation existante.

Le projet mis en consultation prévoyait une disposition visant à empêcher toute tentative de contourner l'art. 69 LAMal (Réserve d'assurance) en concluant une assurance privée d'indemnités journalières au sens de la LCA. Cette disposition n'a pas été retenue car l'application par analogie de l'art. 69 LAMal n'a de sens que s'il existe une obligation d'admission pour l'assureur LCA. L'absence d'obligation d'admission inciterait les entreprises d'assurance à refuser une demande d'admission dans l'assurance si le risque à assumer paraissait trop élevé. L'introduction d'une obligation d'admission n'est toutefois pas prévue car cela porterait atteinte à la liberté contractuelle.

Art. 116 Obligation d'information pour les assurances collectives d'entreprises

Cette disposition reprend l'idée de base de la réglementation entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 (art. 3, al. 3, LCA), mais limite le devoir d'information du preneur d'assurance envers l'assuré à l'assurance collective revêtant la forme d'une assurance collective d'entreprise. L'obligation du preneur d'assurance d'informer les assurés d'un éventuel droit de passage dans une assurance individuelle a également été incluse dans cet article.

2.3.2

Chapitre 2 Droit applicable dans le domaine de l'assurance directe autre que l'assurance-vie

Art. 119 Droit prioritaire

Cette disposition correspond aux art. 101*b*, al. 2, et art. 101*c*, al. 4, LCA.

Art. 120 Droit applicable

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1 et 4, LCA.

Art. 121 Risque situé dans un Etat contractant

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 5, LCA.

Art. 122 Résidence et administration dans un Etat contractant dans lequel le risque est situé

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. a et g, LCA.

Art. 123 Résidence et administration hors de l'Etat contractant dans lequel le risque est situé

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. b et d, LCA.

Art. 124 Risques situés dans plusieurs Etats contractants en cas d'activité commerciale, industrielle ou libérale

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. c et d, LCA.

Art. 125 Sinistres survenus dans un Etat autre que celui dans lequel le risque est situé

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. e, LCA.

Art. 126 Grands risqué

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. f et g, et al. 6, LCA.

Art. 127 Election du droit applicable

Cette disposition correspond à l'art. 101*b*, al. 1, let. h, LCA.

2.3.3

Chapitre 3 Droit applicable à l'assurance-vie

Art. 128

Cette disposition correspond à l'art. 101*c* LCA, à cette exception près que l'al. 4 de celui-ci est désormais repris à l'art. 119 du projet.

2.6.2 Code des obligations

Art. 113

Abrogé

L'art. 113 CO contient une disposition particulière réglementant le contrat en faveur d'un tiers pour les cas de responsabilité civile couverte par une assurance qu'un employeur a conclue pour se protéger des conséquences de la responsabilité civile légale. Cette disposition étant désormais fixée dans le présent projet, en particulier aux art. 9 s. et 91, elle n'a plus besoin de figurer dans le CO.

Art. 348b, al. 3 Ducroire

Cette disposition se réfère directement à la LCA et doit être adaptée en conséquence.

Art. 418e, al. 3 Pouvoir de représentation

Cette disposition se réfère directement à la LCA et doit être adaptée en conséquence.

Art. 520 Rentes viagères en vertu de la loi sur le contrat d'assurance

Cette disposition se réfère directement à la LCA et nécessite une adaptation rédactionnelle.

Art. 841, al. 2 Rapport avec un contrat d'assurance

Cette disposition se réfère directement à la LCA et nécessite une adaptation rédactionnelle.

2.6.3 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances

Art. 2, al. 2, let. d Champ d'application

L'introduction de cette disposition fait suite à la motion 09.3965/Loi sur la surveillance des assurances (N 25.9.09, Bischofberger). Le Conseil fédéral y était chargé d'excepter de la surveillance au sens de la LSA les coopératives d'assurance qui sont étroitement liées à une association, dont l'activité d'assurance n'est pas le but principal et qui ont un effectif d'assurés limité.

A la lumière du débat parlementaire et du développement de la motion, la réglementation proposée vise à excepter de la surveillance les «organisations à vocation d'entraide et d'assistance mutuelle» ou les «mini-assurances» si, entre autres conditions, l'activité d'assurance n'est pas leur but principal. La reprise littérale de la disposition légale proposée par l'auteur de la motion n'aurait toutefois permis d'exclure aucune coopérative d'assurance du champ de la surveillance. En effet, les coopératives actuellement soumises à la surveillance de la FINMA ont toutes pour but principal l'activité d'assurance. Même les deux institutions citées lors du débat

Art. 32, al. 2, 2^e phrase Assurance de la protection juridique

L'art. 32, al. 2, LSA contient une norme de délégation pour édicter des dispositions. La deuxième phrase habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions relatives à la forme et au contenu du contrat d'assurance de la protection juridique. Il s'agit là de normes juridiques, qui font désormais partie de la LCA (cf. art. 94 ss). Par conséquent, il y a lieu d'abroger cette phrase.

Art. 36, al. 2 et 3 Assurance sur la vie

La disposition de l'art. 36, al. 2 et 3, LSA étant reprise dans la LCA (cf. art. 105, al. 2 et 3, du projet), elle peut être supprimée dans le droit de la surveillance des assurances.

Art. 40 Définition

Al. 1

L'al. 1 reprend le contenu de l'ancien art. 40 LSA, mais a été adapté sur le plan rédactionnel.

Al. 2 à 4

Le droit de la surveillance des assurances distingue deux types d'intermédiaires: les intermédiaires liés et les intermédiaires non liés. Dans la réglementation actuelle, l'intermédiaire d'assurance non lié est défini à l'art. 43, al. 1, LSA (enregistrement) et les critères définitoires de l'intermédiaire lié sont fixés à l'art. 183 OS. La révision totale de la loi sur le contrat d'assurance n'entend pas modifier la réglementation actuelle sur le plan matériel. Elle procède au contraire à des adaptations formelles de la réglementation instaurée par la LSA. Les notions d'intermédiaire lié et d'intermédiaire non lié sont dorénavant définies aux al. 2 et 3. Le Conseil fédéral conserve sa compétence (al. 4) de définir les critères de délimitation entre les deux types.

Art. 41 Activités d'intermédiaire prohibées

L'art. 187, al. 2 OS autorise actuellement un seul et même intermédiaire à s'inscrire au registre en tant qu'intermédiaire à la fois lié et non lié, à condition que ce soit dans deux branches distinctes. Cette réglementation ayant été vivement critiquée, il convient d'élargir l'art. 41 LSA, qui cite les activités d'intermédiaire prohibées, à l'interdiction de la double activité. Il ne sera donc plus possible d'exercer simultanément une activité d'intermédiaire non lié dans une branche d'assurance et une activité d'intermédiaire lié dans une autre.

Art. 43 Enregistrement

L'inscription au registre doit être adaptée à la nouvelle subdivision du marché. Suite à l'interdiction d'exercer une double activité prévue par le nouvel art. 41 LSA, un intermédiaire d'assurance ne peut plus se faire inscrire dans le registre, comme c'est le cas selon le droit en vigueur, à la fois comme intermédiaire d'assurance lié et comme intermédiaire d'assurance non lié.

Art. 44 al. 1 let. a et al. 2 Conditions d'enregistrement

Conformément à la proposition de la commission d'experts, il est prévu d'inscrire désormais dans la loi l'organe de médiation pour l'assurance privée (cf. proposition d'art. 85a LSA). Les intermédiaires d'assurance non liés doivent aussi y adhérer. L'art. 44, al. 2, exige que l'intermédiaire d'assurance apporte une preuve de son inscription au registre.

Art. 45 Devoir d'information et de publication

Al. 1

Les devoirs d'information incombant à l'intermédiaire d'assurance vis-à-vis du preneur d'assurance, il est juste qu'ils figurent dans le droit des contrats (cf. art. 69 du projet). Dès lors, les conséquences juridiques de la violation du devoir d'information sont régies par le droit privé. Dans ce domaine du droit, il peut toutefois être difficile de faire valoir des prétentions. C'est pourquoi l'art. 45 introduit un renvoi aux devoirs d'information énoncés à l'art. 69 du projet et garantit de la sorte qu'il sera encore possible d'appliquer des mesures de droit administratif. Des instruments du droit de la surveillance viennent ainsi compléter et renforcer les possibilités de sanction relevant du droit privé à l'encontre des intermédiaires d'assurance.

Al. 2

Les réflexions valables pour le devoir d'information s'appliquent aussi au devoir de publication qui incombe aux courtiers en assurance au sens de la loi sur le contrat d'assurance. Le renvoi indiqué à l'al. 2 permet de s'assurer que, en cas de violation du devoir de publication énoncé à l'art. 66 du projet, des mesures de droit administratif et des sanctions pénales puissent également être appliquées. Le devoir de publication s'en trouve ainsi globalement renforcé. En outre, un effet préventif est également escompté.

Art. 45a (nouveau) Interdiction de conclure des accords relatifs à des indemnités supplémentaires

Contrairement aux paiements liés à l'activité d'intermédiation (courtages, provisions, etc.), les indemnités supplémentaires comme les superprovisions ou les commissions conditionnelles (contingent commissions) représentent un supplément de rémunération que l'entreprise d'assurance promet à l'intermédiaire d'assurance non lié, en cas d'atteinte des objectifs convenus. Ils se basent par exemple sur les volumes, la croissance ou la charge des sinistres. Or cette forme de rémunération incite les intermédiaires d'assurance – encore plus que dans le courtage usuel – à axer leur activité d'intermédiation sur la rémunération versée par les entreprises d'assurance. Il convient donc de la proscrire pour tous les intermédiaires d'assurance non liés.

Art. 55 Faillite de l'entreprise d'assurance

La disposition relative à la faillite de l'entreprise d'assurance-vie doit être adaptée à la disposition pertinente fixée à l'art. 57 du projet.

Art. 85a (nouveau) Organe de médiation

Comme le montre notamment l'étendue de l'activité de l'Office de médiation créé à l'initiative des entreprises d'assurance, la création d'un organe de médiation dans le domaine de l'assurance privée répond incontestablement à un besoin. Cette raison justifie l'inscription de l'organe de médiation dans la loi.

Le nouvel article proposé pour la LSA dispose que les entreprises d'assurance autorisées et les intermédiaires d'assurance non liés doivent instituer et exploiter en commun un organe de médiation indépendant, organisé selon le droit privé, et doté d'une personnalité juridique propre. L'autorégulation de l'organe de médiation exploitée par les entreprises d'assurance depuis 1972 sur une base volontaire ayant fait ses preuves, l'organe de médiation doit demeurer une organisation autorégulée. L'organe de médiation n'a ni les compétences d'un juge, ni celles d'une commission d'arbitrage, mais il conseille et sert de médiateur, en cas de conflit, en vue d'aboutir à une entente à l'amiable. D'où son absence de pouvoir décisionnel ou d'instruction. Et comme il manque à l'organe de médiation des compétences de décision selon le droit civil, le fait de recourir à ses services n'entraîne aucune interruption de la prescription.

L'organe de médiation peut demander une participation aux frais aux personnes qui recourent à ses services.

Art. 86 Délits

Le projet d'art. 41 LSA interdisant d'exercer à la fois l'activité d'intermédiaire lié et celle d'intermédiaire non lié, la disposition pénale de l'art. 86, al. 1, doit être complétée par la let. d^{bis}. L'interdiction de conclure des accords portant sur des indemnités supplémentaires au sens de l'art. 45a p-LSA doit elle aussi être assortie de sanctions pénales, ce qui justifie d'adapter l'art. 86, al. 1, en y ajoutant une lettre e. La disposition pénale relative à la violation du devoir d'information et du devoir de publication au sens de l'art. 45 du projet est adaptée au nouveau contexte sur le plan rédactionnel.

3 **Conséquences**

3.1 **Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

Le projet n'a pas de conséquences directes pour la Confédération, les cantons et les communes.

3.2 **Conséquences économiques**

Les conséquences économiques ont été étudiées dans le cadre d'une AIR approfondie (cf. ch. 1.4).

Cette dernière a tenu compte des résultats de la consultation et s'est focalisée sur les répercussions des douze réglementations les plus discutées:

- a. le droit de révocation;
- b. les devoirs d'information précontractuels de l'assureur;
- c. l'obligation de déclaration précontractuelle du preneur d'assurance;
- d. la prévention et la réduction du dommage, avec les frais y afférents;
- e. la clause d'adaptation des primes;
- f. la résiliation du contrat d'assurance;
- g. la prolongation de couverture et les cas d'assurance en suspens;
- h. la prescription;
- i. la rémunération des courtiers;
- j. l'examen de santé dans l'assurance collective;
- k. le droit d'action directe et le droit d'être renseigné dans l'assurance responsabilité civile;
- l. le règlement des sinistres dans l'assurance responsabilité civile.

L'analyse a également porté sur les solutions de rechange aux réglementations proposées. Ci-après, on trouvera sous forme résumée les principaux résultats fournis par l'AIR, classés selon les cinq points étudiés. Les résultats de l'AIR relatifs aux diverses réglementations ont déjà été exposés au ch. 2. Pour ce qui est des détails, on peut se référer au rapport exhaustif⁴⁷. Les résultats présentés plus loin à propos des cinq points étudiés se fondent plus particulièrement sur les ch. 2.1, 3, 4.3, 4.4, 5 et 6 de la version résumée du rapport d'AIR. On peut dire globalement, en s'appuyant sur les résultats de l'AIR, que le projet tient dûment compte des conséquences prévisibles pour les acteurs impliqués. En particulier, les souhaits relevant de la protection des consommateurs y sont pris en considération partout où, selon l'AIR, le rapport coût/bénéfice est raisonnable.

Par ailleurs, le projet est conforme aux lignes directrices du DFF de septembre 2005 applicables à la réglementation des marchés financiers. Il vaut pour toutes les entreprises d'assurance et n'a, en ce sens, aucune incidence sur la concurrence.

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

La loi sur le contrat d'assurance régit les contrats d'assurance et limite de ce fait la liberté contractuelle. Des entraves à la liberté contractuelle sont notamment nécessaires en vue de pallier la défaillance des marchés. Sur le marché des assurances, les défaillances découlent plus particulièrement d'une information déséquilibrée et incomplète des demandeurs et des fournisseurs de prestations d'assurance. Dans certains cas, il peut être indiqué de réduire par des mesures appropriées les coûts des transactions (par exemple les frais de recherche et d'information), susceptibles d'empêcher la conclusion de contrats d'assurance potentiellement bénéfiques pour les deux parties.

⁴⁷ Cf. le rapport complet et son résumé à l'adresse www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02181/index.html?lang=fr

La nécessité d'une révision de la loi sur le contrat d'assurance résulte de plusieurs problèmes en relation avec le droit en vigueur, dont la plupart sont liés aux défaillances du marché. On citera à cet égard les techniques de vente agressives, l'induction en erreur et la tromperie dans des cas particuliers et dans certains secteurs des affaires de clientèle privée, les déficits d'information des preneurs d'assurance en ce qui concerne les propriétés du contrat dans les affaires de clientèle privée, la durée considérable des contrats et divers problèmes dans le secteur de l'assurances-vie individuelle.

3.2.2 Conséquences pour diverses catégories d'acteurs

Entreprises

L'écrasante majorité des entreprises directement touchées par la LCA ne sont pas concernées en qualité d'entreprises d'assurance ou d'intermédiaires, mais – en compagnie des clients privés – en tant que preneurs d'assurance (cf. à ce propos les chiffres relatifs à l'importance du marché des assurances fournis au ch. 3.2.3 infra). On trouvera des informations plus précises sur les trois groupes d'acteurs directement concernés dans les trois paragraphes qui suivent.

Pour les grands risques définis à l'art. 2, on prévoit des dérogations aux dispositions du droit semi-impératif. De cette manière, on entend mieux garantir la liberté contractuelle des grandes entreprises – pour lesquelles le risque des inconvénients d'une information asymétrique n'est que limité – et limiter simultanément les inconvénients d'une information asymétrique, tout en accordant aux petites et moyennes entreprises (PME), consommatrices de prestations d'assurance exposées à des risques plus importants au titre d'une information asymétrique, une protection des consommateurs comparable à celle dont bénéficient les clients privés.

Les banques constituent un cas particulier, en ce qu'elles peuvent profiter des prescriptions de transparence pour les frais d'acquisition des assurances-vie individuelles: en effet, dans ce secteur, un transfert des capitaux d'épargne semble possible entre les assurances-vie individuelles et les banques.

Preneurs d'assurance

La révision devrait apporter une série d'avantages aux preneurs d'assurance. On citera à cet égard une amélioration de la qualité des conseils, une meilleure protection contre les techniques de vente agressives, davantage de concurrence quant à la qualité et aux prix, des décisions d'achat plus réfléchies et moins d'opportunités pour l'entreprise d'assurance de se voir dispensée de prestations en cas de prétentions justifiées des preneurs d'assurance. Ces avantages se reflètent en particulier dans les dispositions relatives au droit de révocation (art. 7 et 8 du projet), à la résiliation ordinaire (art. 52 du projet), à la transparence quant aux frais pris en compte pour la conclusion des contrats d'assurance-vie individuelle (art. 12, al. 2, let. b, du projet), à la transparence en matière de rémunération des courtiers en assurance (art. 66 du projet) et à l'allongement du délai de prescription pour la revendication de prestations d'assurance (art. 64 du projet). Une concurrence accrue tend à exercer pour les preneurs d'assurance une influence bénéfique sur les prix. A contrario, grâce à la révision de la LCA, les entreprises d'assurance ont la possibilité

de répercuter sur les preneurs d'assurance certains surcoûts (liés par exemple aux devoirs d'information précontractuels).

Entreprises d'assurance

Dans certains sous-secteurs, les entreprises d'assurance pourraient être exposées à des coûts supplémentaires et à un renforcement de la concurrence. Selon les estimations, les nouveaux devoirs d'information précontractuels pourraient entraîner des coûts d'investissement de quelque 3 millions de francs (notamment pour la révision des documents concernés), qui pourront être amortis sur plusieurs années. Toutefois, ces coûts supplémentaires et d'autres frais additionnels éventuels ne devraient être que partiellement répercutés sur les preneurs d'assurance. Un léger renforcement de la concurrence pourrait limiter proportionnellement la marge bénéficiaire de certaines entreprises d'assurance. Dans l'ensemble, le marché ne devrait guère se rétrécir. Néanmoins, dans le secteur de l'assurance-vie individuelle, on ne peut exclure un certain transfert de capitaux d'épargne entre les entreprises d'assurance et les banques en raison des prescriptions relatives à la transparence de la rémunération des courtiers en assurance.

Courtiers en assurance

Les courtiers en assurance sont particulièrement touchés par les dispositions relatives à la publication de la rémunération. Une meilleure transparence devrait conduire à une concurrence accrue entre les divers canaux de commercialisation. La croissance des ventes directes des entreprises d'assurance devrait s'en trouver accélérée, alors que les courtiers en assurance et les agents d'assurance devront compter avec quelques pertes relatives.

Autres groupes sociaux

Les employés profiteront en particulier des dispositions des art. 55 et 56 du projet, qui auront notamment pour conséquence qu'en relation avec l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie et l'assurance individuelle d'indemnités journalières, les employés ne seront plus confrontés à des réductions de prestations et des exclusions de couverture en cas de cessation des rapports de travail si le risque assuré s'est réalisé pendant la durée du contrat.

En relation avec l'assurance responsabilité civile, les lésés pourront profiter de ce que l'art. 91 du projet confère un droit d'action directe vis-à-vis de l'entreprise d'assurance.

Les dispositions des art. 55, 56 et 91 du projet peuvent également bénéficier indirectement aux pouvoirs publics, car ils évitent aux assurances sociales de devoir intervenir dans des cas de rigueur lorsque la couverture d'assurance se révèle lacunaire.

3.2.3 Implications pour l'économie dans son ensemble

Importance économique du marché des assurances

La valeur ajoutée brute de la branche suisse des assurances s'élevait en 2007 à 21,9 milliards de francs, ce qui équivaut à une part de 4,2 % du produit intérieur

brut. En 2008, selon le Registre des entreprises et des établissements (REE), le marché suisse de l'assurance regroupait 2419 unités institutionnelles, soit 0,8 % des unités institutionnelles de l'ensemble de l'économie suisse. Des 2419 unités institutionnelles, 1603 œuvrent dans le secteur économique «Activité de courtier en assurance». En 2008, la branche économique suisse des assurances employait 67 132 personnes, soit 1,9 % des employés de l'ensemble de l'économie suisse; 27 792 personnes étaient employées dans le secteur économique «Accidents et dommages», 12 089 dans le secteur «Caisses-maladie» et 12 170 dans le secteur «Activité de courtier en assurance». Le volume des primes de l'assurance directe en Suisse était en 2008 de 53,4 milliards de francs, dont 29,6 milliards de francs au titre de l'assurance-vie et 23,8 milliards de francs au titre du secteur «Non-vie».

Utilité de la révision

D'un point de vue économique global, la révision sera essentiellement utile pour une transparence accrue du marché et, partant, pour une concurrence plus efficace. Le volume du marché tel que chiffré plus haut donnera d'autant plus d'importance à ces effets.

Coût de la révision

La révision entraînera des coûts directs et indirects. En ce qui concerne les coûts directs, il s'agira surtout de frais d'adaptation uniques. Dans le cadre de l'AIR, ces derniers ont été chiffrés à quelque 10 millions de francs (y compris les coûts additionnels induits par les devoirs supplémentaires d'information précontractuels). Les coûts indirects, plus difficiles à évaluer, n'ont pu être chiffrés à l'occasion de l'AIR. Ils pourraient toutefois se révéler plus élevés que les coûts directs et ils englobent notamment des frais supplémentaires de transaction en lien avec les contrats d'assurance. Ces frais supplémentaires résultent notamment des dispositions régissant les conséquences juridiques des entorses à l'obligation de déclarer, le droit de résiliation ordinaire et la clause d'adaptation des primes.

Effets de répartition

Outre les coûts et bénéfices effectifs pour l'économie dans son ensemble, on peut attendre de la révision certains effets de répartition. Le profit qu'en retireront les consommateurs devrait augmenter légèrement alors que celui des entreprises d'assurance et des courtiers en assurance tendra à reculer.

3.2.4 Solutions de rechange

Des douze réglementations analysées en profondeur dans le cadre de l'AIR, huit ont donné lieu à des réglementations de rechange, alors que pour trois d'entre elles, des possibilités d'optimisation ont été identifiées. Les résultats de chaque examen de solutions de rechange pour les réglementations en question sont exposés au ch. 2, dans les commentaires relatifs aux dispositions visées. L'examen de solutions de rechange dans le cadre de l'AIR et les recommandations correspondantes sont intégrés à la reformulation des dispositions pertinentes, de même que les résultats de la consultation.

3.2.5 Adéquation de l'exécution

La LCA règle des rapports contractuels de droit privé. Pour l'essentiel, l'exécution n'est pas du ressort d'autorités d'exécution au sens strict, mais de la justice. Dès lors, l'AIR ne pouvait avoir pour objectif d'examiner l'adéquation de l'exécution par des autorités d'exécution ad hoc. En lieu et place, on a voulu sous ce titre identifier des possibilités d'optimisation, en rapport notamment avec des formulations et des notions de l'avant-projet restant à préciser; on a tenu compte de ces éléments lors de la mise au point du projet.

4 Lien avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message du 23 janvier 2008⁴⁸ sur le programme de la législature 2007 à 2011.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

La LCA entièrement révisée se fonde sur l'art. 122, al. 1, Cst., à l'instar de la LCA en vigueur. La modification de la LSA se fonde sur les mêmes dispositions que la loi elle-même.

5.2 Délégation de compétences législatives

En vertu de l'art. 73, al. 4, du projet, le Conseil fédéral est compétent pour régler les modalités de la communication des données dans le cadre de la détection précoce. Le Conseil fédéral dispose déjà de cette compétence dans le texte en vigueur.

L'art. 105, al. 3, du projet qui reprend la réglementation de la loi sur la surveillance des assurances (art. 36, al. 3, LSA), prévoit également une compétence réglementaire du Conseil fédéral. Cette dernière existe déjà dans la teneur actuelle de la loi sur la surveillance des assurances et est reprise dans le projet.

⁴⁸ FF 2008 639 706

