



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF  
**Administration fédérale des finances AFF**

**Nouvelle version du 24 février 2009**

---

# **Révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)**

Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation

---

## TABLE DES MATIERES

Aperçu	4	
1	Grandes lignes du projet .....	5
1.1	Contexte.....	5
1.1.1	Délimitation par rapport au droit des assurances sociales	5
1.1.2	Champ d'application des dispositions protectrices	6
1.1.3	Langue et systématique	6
1.2	Travaux préparatoires .....	7
1.3	Interventions parlementaires .....	7
1.3.1	Motion 00.3541/Libre passage intégral lors du changement d'assurance complémentaire	7
1.3.2	Motion 00.3542/Maintien d'avantages lors du changement d'assurance complémentaire	8
1.3.3	Motion 00.3570/Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Disposition régissant la prescription	8
1.3.4	Motion 00.3537/Vols. Début du délai de prescription	8
1.3.5	Postulat 02.3693/LCA. Indemnités journalières. Lacunes	9
1.3.6	Postulat 03.3596/Relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire	9
1.4	Rapport avec le droit européen .....	12
1.4.1	L'acquis communautaire	12
1.4.2	Les effets matériels du droit de surveillance déréglementé sur le droit du contrat d'assurance	13
2	Commentaire des dispositions du projet .....	14
2.1	Titre 1 Dispositions générales .....	14
2.1.1	Chapitre 1 Champ d'application et droit impératif	14
2.1.2	Conclusion et caractère contraignant du contrat d'assurance	15
2.1.21	Section 1 Aboutissement et révocation	15
2.1.22	Section 2 Devoir d'information précontractuel de l'entreprise d'assurance	21
2.1.23	Section 3 Obligation de déclaration précontractuelle du preneur d'assurance	24
2.1.24	Section 4 Conventions particulières	30
2.1.25	Section 5 Communications et observation des délais	33
2.1.3	Chapitre 3 Prime	33
2.1.4	Chapitre 4 Survenance du sinistre	35
2.1.41	Section 1 Incombances du preneur d'assurance et de l'ayant droit	35
2.1.42	Section 2 Prestation de l'entreprise d'assurance	38
2.1.5	Chapitre 5 Modification du contrat	42
2.1.51	Section 1 Augmentation et diminution du risque	42
2.1.52	Section 2 Adaptations unilatérales du contrat	44
2.1.6	Chapitre 6: Fin du contrat	46
2.1.61	Section 1: Extinction légale du contrat	46
2.1.62	Section 2: Résiliation du contrat	47
2.1.63	Section 3: Conséquences de la fin du contrat	49
2.1.7	Chapitre 7: Exécution forcée	50
2.1.8	Chapitre 8: Prescription	52
2.1.9	Chapitre 9: Intermédiation d'assurance	53
2.1.91	Section 1: Courtier en assurance	53
2.1.92	Section 2: Agent d'assurance	54

2.1.10	Chapitre 10: Protection des données	54
2.1.101	Section 1: Contrats collectifs	55
2.1.102	Section 2: Détection précoce et collaboration interinstitutionnelle	55
2.2	<i>Titre 2: Dispositions particulières</i>	56
2.2.1	Chapitre 1: Dispositions communes pour toutes les branches d'assurance	56
2.2.11	Section 1: Assurance dommages	58
2.2.12	Section 2: Assurance multiple dans l'assurance dommages	60
2.2.13	Section 3 Assurance de sommes	62
2.2.2	Chapitre 2 Branches d'assurance diverses	63
2.2.21	Section 1 Assurance de choses	63
2.2.22	Section 2 Assurance responsabilité civile	65
2.2.23	Section 3 Assurance protection juridique	69
2.2.24	Section 4 Assurance-transport	73
2.2.25	Section 5 Assurance-crédit et assurance-caution	75
2.2.26	Section 6 Assurance-vie	75
2.2.27	Section 7 Assurance-maladie et assurance-accidents	81
2.3	Titre 3 Relations internationales	83
2.4	Titre 4 Dispositions finales et transitoires	84
2.5	Annexe	84
2.5.1	Droit impératif et droit semi-impératif	84
2.5.2	Modification du droit en vigueur	84
2.5.21	Code des obligations	84
2.5.22	Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances	85
3	Conséquences	87
3.1	Conséquences pour la Confédération	87
3.2	Conséquences pour les cantons	88
3.3	Conséquences économiques	88

## Aperçu

En relation avec la révision de la loi sur la surveillance des assurances (LSA) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, des demandes politiques prioritaires ont été transposées dans une révision partielle anticipée de la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Les normes révisées de cette loi ont été mises en vigueur en même temps que la LSA révisée, à l'exception des art. 3 et 3a concernant le devoir d'information des entreprises d'assurance, qui ne sont entrés en vigueur qu'une année plus tard. Etant donné que seules les demandes les plus importantes et les plus urgentes à court terme ont pu être prises en considération lors de la révision partielle de la LCA, les milieux politiques et le public ont fait pression les années passées pour qu'il soit procédé à une révision étendue du droit du contrat d'assurance. Le projet destiné à la consultation qui est présenté ici ne doit pas seulement servir à combler les lacunes constatées, mais aussi à aménager la législation de manière moderne et orientée vers l'avenir.

La révision totale de la LCA a pour objectifs fondamentaux d'adapter le droit du contrat d'assurance au contexte et aux besoins actuels et futurs, ainsi qu'à améliorer la position du preneur d'assurance et des autres personnes auxquelles le contrat d'assurance confère des droits. Quant à son contenu, le projet mis en consultation répond aux nouvelles exigences en matière de droit des assurances. Des innovations ne sont pas seulement prévues pour combler des lacunes en matière d'information, par exemple au moyen d'une extension des devoirs d'information précontractuels et contractuels; il s'agit aussi de répondre au souhait d'une réglementation objective et équilibrée des relations précontractuelles et des possibilités d'aménagement du contrat, en particulier en introduisant un droit de révocation et la possibilité de conclure des contrats rétroactifs. Le projet destiné à la consultation comprend également des améliorations importantes dans les dispositions concernant la demeure (en particulier la demeure pour le paiement des primes) et la prescription. En outre, le besoin d'une réglementation appropriée des modifications de contrats est pris en considération par exemple dans les prescriptions relatives aux clauses d'adaptation des primes. Il est par ailleurs proposé de limiter l'indemnisation des frais de prévention et de diminution des dommages à la somme assurée et d'introduire des dispositions objectives concernant la surassurance et la sous-assurance ou la couverture insuffisante en cas de pluralité de lésés. L'introduction de droits relatifs à la 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. Certaines modifications ont enfin été introduites pour des considérations d'ordre économique. On peut mentionner par exemple l'obligation, pour le preneur d'assurance révoquant le contrat, de prendre en charge les frais encourus par l'entreprise d'assurance en raison d'enquêtes particulières.

# **1 Grandes lignes du projet**

## **1.1 Contexte**

La loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1) régit le rapport contractuel de droit privé entre le preneur d'assurance (ainsi que l'assuré, 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 dernières décennies. L'acceptation réduite du droit du contrat d'assurance actuel n'est pas due seulement aux changements dans la perception et l'évaluation des questions 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 seulement des solutions insuffisantes.

### **1.1.1 Délimitation par rapport au droit des assurances sociales**

De nombreuses interventions parlementaires portent sur des questions touchant principalement au droit des assurances sociales, en particulier le domaine de l'assurance-maladie d'indemnités journalières. Dans la mesure où l'assurance-maladie d'indemnités journalières est soumise à la LCA qui appartient au droit privé, c'est le principe de la liberté contractuelle qui la régit, sous réserve de la surveillance visant à lutter contre les abus, exercée par l'Office fédéral des assurances privées (OFAP). Il en découle que des primes d'assurance appropriées du point de vue du risque et des frais doivent être admises. Il serait problématique de remettre en question l'ordre en vigueur par des atteintes profondes à la liberté contractuelle. En outre, il ne faut pas s'attendre à ce que le financement de l'assurance d'indemnités journalières soit plus aisé à réaliser dans le domaine de l'assurance privée que dans celui des assurances sociales, d'autant moins que l'assurance privée, contrairement à l'assurance sociale, doit s'autofinancer sans subventions publiques.

En outre, des interventions parlementaires proposent des adaptations du droit des assurances privées aux principes du droit des assurances sociales parce que l'assurance privée remplit actuellement également des tâches qui avaient à l'origine le caractère de droit des assurances sociales, notamment dans le secteur de l'assurance-maladie. Le transfert d'objectifs sociaux vers le droit privé des assurances a certes conduit à des déséquilibres ou à des distorsions du système des assurances, mais la question se pose ici aussi de savoir s'il ne convient pas mieux de rétablir le contexte correct en ramenant les domaines concernés dans le droit des assurances sociales et en les soumettant comme il se doit aux principes du droit des assurances sociales. Par contre, la reprise de principes du droit des assurances sociales dans le droit des assurances privées ne paraît pas appropriée, car le mélange de systèmes différents non seulement aurait pour conséquence de détourner la LCA, orientée sur le droit privé, de son but originel, mais causerait aussi inéluctablement d'importants problèmes d'application dans la pratique.

### **1.1.2 Champ d'application des dispositions protectrices**

L'un des objectifs fondamentaux du droit du contrat d'assurance réside dans la garantie d'une protection raisonnable et réaliste des assurés. Comme selon le droit actuel, cette protection doit être atteinte au moyen de normes impératives et semi-impératives. Seuls les grands risques doivent être exclus du champ de protection des dispositions impératives et semi-impératives, alors que les mesures protectrices de la LCA s'appliquent aux contrats de consommateurs et aux contrats avec les petites et moyennes entreprises. En outre, de nombreuses améliorations doivent être réalisées en rendant au moins semi-impératives des normes qui sont actuellement de droit dispositif.

### **1.1.3 Langue et systématique**

Une grande attention a été portée à l'utilisation d'un langage clair; afin d'améliorer la lisibilité du projet de loi, on a renoncé à une formulation sexuellement neutre. Pour des raisons semblables, on a renoncé à utiliser l'expression de «contrat d'assurance»; le projet de loi utilise uniformément et uniquement la notion de «contrat», à moins que l'on vise une forme particulière de contrat d'assurance (par ex. un contrat d'assurance sur la vie). Un autre objectif important a porté sur la systématique du nouveau texte, qui se devait d'être claire. C'est pourquoi l'on a notamment réparé les erreurs de construction de l'actuelle LCA, souvent critiquées. Pour tenir compte de ces critiques, le projet propose un réaménagement de la systématique tenant compte des besoins de l'application du droit.

Le projet comporte quatre titres et deux annexes. Le titre 1 (Dispositions générales), qui doit s'appliquer à tous les contrats d'assurance, comprend dix chapitres: Champ d'application et droit impératif, Conclusion et caractère contraignant du contrat d'assurance, Prime [prestation du preneur d'assurance], Survenance du sinistre [prestation de l'entreprise d'assurance], Modification du contrat, Fin du contrat, Exécution forcée [pour les entreprises d'assurance et pour les preneurs d'assurance], Prescription, Intermédiation d'assurance et Protection des données.

Le titre 2 (Dispositions particulières) est subdivisé en deux chapitres. Le premier chapitre consacre, 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 second chapitre prévoit ensuite d'autres dispositions particulières pour des branches d'assurance spécifiques. Enfin, des dispositions concernant les relations internationales figurent au titre 3 et les dispositions finales et transitoires au titre 4. L'annexe 1 contient une énumération des dispositions semi-impératives et impératives de la LCA. L'annexe 2 indique les modifications à apporter à d'autres lois en raison de la révision de la LCA. Comme indiqué, le projet de révision présenté (P-LCA) ne fait plus la distinction entre assurance dommages et assurance de personnes, mais entre assurance dommages et assurance de sommes. Conformément à la conception actuelle, cette seconde catégorie est elle-même subdivisée entre assurances de choses, assurance responsabilité civile, assurance protection juridique, assurance-transport, assurance-crédit et assurance-caution, assurance-vie, ainsi qu'assurance-maladie et assurance-accidents. Sont cependant maintenues les structures et notions qui ont fait leurs preuves telles que la distinction entre conditions générales – valables pour tous les contrats – et conditions spéciales, valables pour certaines branches d'assurance, ou la notion d'obligation de déclaration.

## **1.2 Travaux préparatoires**

Le Département fédéral de justice et police, qui était alors compétent, a chargé le 11 février 2003 une commission scientifique d'experts présidée par le professeur Anton K. Schnyder de l'Université de Zurich d'élaborer un projet de loi avec un rapport explicatif concernant une révision totale de la loi sur le contrat d'assurance. Les personnes suivantes ont fait partie de la commission: M. Alexander Brunner, juge cantonal, Professeur Vincent Brulhart, M<sup>e</sup> Olivier Carré, M<sup>e</sup> Andrea Eisner-Kiefer, M. Stephan Fuhrer, Professeur Peter Gauch (jusqu'au 15 février 2005), Professeur Franz Hasenböhler, Professeur Bettina Kahil-Wolff, Professeur Alfred Koller (jusqu'au 31 décembre 2003), M. Matthias Nast, M<sup>e</sup> Peter Pfund, Professeur Hans Peter Walter, M. Stephan Weber, juge du Tribunal de commerce.

Le mandat comportait la reprise des revendications politiques connues qui n'avaient pas été retenues dans la révision partielle de la LCA, la prise en considération du développement du droit du contrat d'assurance dans les Etats voisins et dans le reste de l'Europe, ainsi que la délimitation par rapport au droit des assurances sociales.

Dans l'intervalle, la commission d'experts a remis en août 2006 au Département fédéral des finances, qui a repris la compétence en la matière, un projet de loi assorti d'un rapport explicatif, mettant ainsi fin à ses travaux. Par la suite, l'OFAP a été chargé d'élaborer, sur la base du projet des experts, un projet destiné à la procédure de consultation.

## **1.3 Interventions parlementaires**

### **1.3.1 Motion 00.3541/Libre passage intégral lors du changement d'assurance complémentaire**

La motion du Groupe de l'Union démocratique du centre du 5 octobre 2000 demande l'institution d'un délai légal maximal au-delà duquel des réserves ne pourront plus être imposées en cas de conclusion d'un nouveau contrat d'assurance complémentaire, le libre passage dans l'assurance-maladie n'étant possible qu'en partie pour de nombreux assurés. La motion a été transmise sous forme de postulat. Le contrat d'assurance-maladie complémentaire est soumis au droit privé. L'introduction d'une limitation de la durée pour l'application des 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. C'est la raison pour laquelle on a renoncé en principe à prévoir une limitation dans le temps pour les réserves. Une disposition particulière s'applique aux assurances complémentaires conclues avec une entreprise liée à une caisse-maladie: en vertu de l'art. 118 du projet, l'art. 69 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10) s'applique par analogie pour ce cas. Il s'agit d'empêcher ainsi que les caisses-maladie ne contournent la limitation de l'art. 69 LAMal en transférant les assurances complémentaires dans une entité juridique indépendante.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

### **1.3.2 Motion 00.3542/Maintien d'avantages lors du changement d'assurance complémentaire**

La motion du Groupe de l'Union démocratique du centre du 5 octobre 2000 vise à maintenir les avantages acquis par les assurés dans l'assurance complémentaire, par exemple par le nombre d'années d'affiliation ou l'absence de dommages, en cas de changement d'assureur complémentaire dans la mesure où celui-ci accorde des avantages similaires à ses propres assurés. La motion a été transmise sous forme de postulat.

Une prescription qui contraindrait les entreprises d'assurance à octroyer certains avantages porterait une atteinte trop forte à l'autonomie contractuelle qui s'applique dans le droit privé. La décision concernant les avantages qu'une entreprise d'assurance doit accorder à ses assurés doit être laissée à cette entreprise. C'est pourquoi l'on renonce à introduire une prescription concernant les avantages accordés en cas de changement d'assurance complémentaire.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

### **1.3.3 Motion 00.3570/Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Disposition régissant la prescription**

Avec sa motion du 6 octobre 2000 intitulée «Loi fédérale sur le contrat d'assurance. Disposition régissant la prescription», le conseiller national Urs Hofmann a invité le Conseil fédéral à présenter au Parlement une modification législative en vue de porter à dix ans le délai de prescription minimum prévu à l'art. 46, al. 1, LCA. La motion a été transformée en postulat.

Le Conseil fédéral partage l'opinion selon laquelle un délai de prescription de deux ans comme le prévoit la LCA est trop court. Toutefois, un allongement du délai de prescription à dix ans paraît problématique du point de vue de la sécurité du droit, car ainsi des besoins spécifiques à l'assurance en matière de surveillance de la situation financière de l'entreprise d'assurance ne sont pas suffisamment pris en considération. C'est pourquoi le projet propose une prolongation du délai de prescription à cinq ans et, pour les prestations périodiques, une prescription de la créance globale après dix ans (cf. art. 66 P-LCA). La disposition est semi-impérative, de sorte qu'un délai de prescription plus long peut être convenu. La prescription est désormais rattachée à l'échéance.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

### **1.3.4 Motion 00.3537/Vols. Début du délai de prescription**

Le Tribunal fédéral a arrêté (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, ce qui, de l'avis du conseiller national Peter Jossen-Zinsstag, peut avoir l'effet choquant que les prétentions du lésé peuvent être déjà prescrites au moment de la découverte du vol. Avec sa motion du 5 octobre 2000 «Vols. Début du délai de prescription», il demande au Conseil fédéral de modifier en conséquence les dispositions de la loi sur le contrat d'assurance.

Le projet tient compte de cette motion par l'article 66 en relation avec l'art. 39. Selon l'art. 66 P-LCA, les créances découlant du contrat d'assurance se prescrivent par cinq ans à compter de la date de leur échéance. Il faut noter dans ce contexte qu'en vertu de l'art. 39 P-LCA, l'échéance de la prestation intervient dans le délai de quatre semaines après que l'ayant droit a formulé de façon suffisamment étayée sa

prétention et cité ou remis à l'entreprise d'assurance les preuves auxquelles il a accès.

Le Conseil fédéral propose de classer cette motion.

### **1.3.5 Postulat 02.3693/LCA. Indemnités journalières. Lacunes**

Le postulat du conseiller national Meinrado Robbiani «LCA. Indemnités journalières. Lacunes», du 10 décembre 2002, 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 (par ex. parce que l'employeur ne paie pas les primes). Le Conseil fédéral est invité à lever cette injustice.

Selon le droit actuel, pour les contrats collectifs qui confèrent à des personnes autres que le preneur d'assurance un droit direct aux prestations, il existe pour le preneur d'assurance un devoir d'informer ces personnes au sujet des modifications et de la dissolution du contrat (art. 3, al. 3, en relation avec art. 87 LCA). L'entreprise d'assurance met à la disposition du preneur d'assurance les documents nécessaires à l'information. Pour les chômeurs selon l'art. 100, al. 2, LCA, il existe un droit de libre passage dans l'assurance individuelle en cas de fin d'une assurance collective selon la LCA.

L'idée à la base de l'art. 3, al. 3, LCA entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006 est reprise à l'article 119 P-LCA sous forme d'obligation d'avis 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. Un devoir de l'entreprise d'assurance d'informer les assurés est rejeté car les entreprises d'assurance ne sont pas en mesure de remplir une telle obligation, notamment parce que l'assurance collective d'indemnités journalières est une assurance des sommes des salaires dans laquelle l'entreprise d'assurance ne sait pas qui travaille chez le preneur d'assurance, qui cesse ses rapports de travail et qui devient chômeur après une telle sortie. Le souci d'information formulé par l'auteur du postulat devrait malgré tout être pris en compte par la solution proposée.

Un droit légal de passage continue à n'être prévu que pour les personnes qui sont réputées être des chômeurs selon la législation sur l'assurance-chômage. Le caractère de protection particulier devient notamment évident si un travailleur déjà malade résilie son rapport de travail et devient chômeur par la suite. Sinon, le principe de la liberté contractuelle doit aussi s'appliquer ici, de sorte qu'un droit généralisé de libre passage n'est pas prévu pour les assurances-maladie collectives d'indemnités journalières selon la LCA.

Le Conseil fédéral propose de classer ce postulat.

### **1.3.6 Postulat 03.3596/Relations entre l'assurance-maladie de base et l'assurance-maladie complémentaire**

Le postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a été adopté par le Conseil national le 8 mars 2004. Dans ce postulat, le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport exposant les relations entre l'assurance de base et l'assurance complémentaire dans l'assurance-maladie et d'élaborer des propositions de loi pertinentes. Doivent en particulier être examinées dans ce contexte, les questions du respect des dispositions constitutionnelles, de la liberté contractuelle, du libre passage, de la validité des

réserves de maladies, ainsi que de l'affectation des contributions de base des cantons.

Depuis que la loi sur l'assurance-maladie (LAMal) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, les assurances facultatives complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire des soins (AOS) sont soumises à la surveillance de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) et aux règles de la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Depuis cette séparation, les assurés peuvent conclure l'assurance de base et l'assurance complémentaire auprès d'assureurs différents (cf. art. 7, al. 7 et 8, LAMal). Les grandes caisses-maladie en particulier ont créé des entreprises d'assurance privées selon la LSA en vue de leur transférer les assurances complémentaires. Dans l'intervalle, environ 76 % du volume des primes de l'assurance complémentaire (état 2006) reviennent aux assureurs privés.

Depuis l'adoption du postulat en mars 2004, 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 ainsi le niveau d'information des preneurs d'assurance concernant les liens et les différences entre l'assurance de base et l'assurance complémentaire. Les principales modifications sont mentionnées ci-après.

Afin que les preneurs d'assurance puissent reconnaître de manière transparente la différence entre l'assurance obligatoire et l'assurance facultative déjà avant la conclusion d'un contrat, depuis 2006 le formulaire d'adhésion à l'AOS ne peut contenir que des indications relatives à l'AOS (art. 6a OAMal) et, ainsi plus d'indications relatives aux assurances complémentaires facultatives. Pour ces dernières, la révision partielle de la LCA entrée en vigueur en 2007 contraint les assureurs à renseigner les preneurs d'assurance de manière compréhensible sur les principaux éléments du contrat avant sa conclusion. L'art. 12 P-LCA étend ces obligations en exigeant spécifiquement pour l'assurance-maladie complémentaire des informations sur la méthode de financement, y compris la constitution et l'utilisation de provisions de vieillissement (art. 12, al. 2, let. c, P-LCA).

Le niveau de l'information des nouveaux assurés-maladie s'améliore sensiblement. En effet, les assurés sont informés clairement sur la différence entre assurance obligatoire et assurance facultative, et ils sont renseignés sur les méthodes de financement, dont la connaissance est particulièrement importante lors du choix d'un produit puisque la plupart du temps les assurances complémentaires sont envisagées pour toute la vie. En particulier, les consommateurs obtiennent ainsi la possibilité d'effectuer des comparaisons portant non seulement sur les primes actuellement en vigueur, mais également sur leur évolution future probable. Des différences dans les méthodes de financement peuvent conduire à des différences dans l'échelonnement des primes avec l'âge; la connaissance de ce facteur peut être décisive pour la conclusion du contrat.

La directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en oeuvre 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 décembre 2004, p. 37) interdit les primes dépendant du sexe. Il est possible de s'écarter de cette disposition si l'entreprise d'assurance démontre, sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises, que la prise en considération du sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques.

Le P-LCA renonce à une transposition par analogie de cette directive. La détermination des primes repose sur une évaluation actuarielle des risques que présente le proposant, les caractéristiques les plus diverses du proposant pouvant être prises en considération dans ce contexte. Cet examen individuel du risque

débouche sur des primes différentes selon l'évaluation et l'attribution consécutive à une classe de risque. Une différence de primes entre diverses classes de risques est admise et elle intervient aussi dans l'intérêt et pour la protection de la communauté des assurés. Les personnes assurées elles-mêmes ont un intérêt à ce que leur risque individuel soit évalué et différencié selon les divers facteurs individuels de risque. Les primes arbitraires ne sont pas autorisées. Il n'y aurait ainsi rien à objecter à des différences entre les primes qui découleraient sur la prise en considération du sexe, pour autant que l'attribution à des classes de risques différentes repose sur des données actuarielles et statistiques pertinentes. Dans ce sens, rien ne parle contre la prise en considération du sexe comme facteur actuariel lors de la fixation des primes. 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 dépendant du risque, les différences de primes pour les hommes et les femmes ne constituent pas une discrimination déterminante sur le plan du droit constitutionnel.

Comme cela a été constaté lors du traitement par le Conseil national, le 8 mars 2004, de l'initiative parlementaire Teuscher Franziska «Assurance-maladie. Interdiction de discriminer les femmes» (98.406), les assureurs qui ne présentent pas de différenciation des primes selon le sexe ont une part de marché plus élevée que ceux qui en ont une. Compte tenu de cette liberté de choix sur le marché, pour une assurance qui est au surplus facultative, on peut admettre que même après le rejet effectif de cette initiative, il n'existe pas de discrimination au sens du texte de l'initiative qui ne soit absorbée de fait par le marché.

Selon les dispositions transitoires du P-LCA, les devoirs d'information se rapportent uniquement aux contrats d'assurance nouvellement conclus, mais non à ceux qui existent déjà. Les assurés actuels peuvent certes demander des offres de la concurrence avec les nouvelles informations, mais en vertu de la liberté contractuelle qui existe dans l'assurance privée, ils ne sont pas obligés d'accepter comme c'est le cas avec l'AOS. Toutefois, le P-LCA introduit une modification qui améliore aussi la situation sur le plan des primes des assurés actuels, pour la plupart âgés: l'art. 116 P-LCA exige que les assureurs qui n'affectent plus de contrats à un portefeuille d'assurance offrent aux assurés concernés le droit de passer à un produit équivalent dans un portefeuille ouvert. On empêche ainsi dans ces cas que les assurés de portefeuilles qui vont se rétrécissant et vieillissant n'aient pas d'autre choix en raison de l'augmentation des prestations que celui de payer des primes toujours plus élevées ou de renoncer à leur couverture d'assurance. L'art. 116 P-LCA reprend cette réglementation de l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance (ordonnance sur la surveillance, OS) en vigueur depuis 2006. D'autres commentaires à ce sujet figurent dans le présent rapport au chiffre 2.2.27 ad art. 116.

Contrairement à ce qui est le cas dans l'AOS, l'assureur-maladie complémentaire est libre de ne prévoir un droit de résiliation dans les conditions d'assurance que pour l'assuré ou de se réserver aussi ce droit. En raison de la nature particulière de l'assurance-maladie, il n'y a actuellement sur le marché quasiment pas de produits présentant une possibilité de résiliation pour l'assureur. Depuis 2006, les assureurs qui se réservent un droit de résiliation pour des produits avec des provisions de vieillissement sont même tenus de restituer une partie de ces provisions (art. 155 OS). Les assurances complémentaires d'hospitalisation importantes entrent dans cette catégorie. Etant donné que la constitution et l'utilisation des réserves de vieillissement sont visées par les devoirs d'information selon l'art. 12 P-LCA au même titre que la durée et la fin du contrat, il est garanti que les assurés sont renseignés sur leur droit avant la conclusion du contrat.

Parmi les innovations juridiques qui sont entrées en vigueur depuis l'adoption du postulat, on peut enfin mentionner le maintien de l'obligation de soumettre pour approbation à l'autorité de surveillance les tarifs et les conditions générales des assurances-maladie complémentaires (art. 4, al. 2, let. r, et art. 5 LSA): l'autorité de surveillance examine si les primes prévues restent dans les limites qui garantissent, d'une part, la solvabilité des entreprises d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA). Sous cet angle, l'assurance-maladie complémentaire constitue, avec l'assurance collective sur la vie, une exception à la tendance sinon avancée dans l'assurance privée à libérer les assureurs de l'obligation d'approbation. L'obligation de soumettre les tarifs demeure ainsi une caractéristique commune de l'AOS et de l'assurance privée.

Les différences importantes qui subsistent dans les conditions cadres de l'AOS et des assurances complémentaires sont les suivantes: les prestations et les groupes de solidarité sont réglementés par la loi dans l'AOS, alors qu'ils sont régis contractuellement dans l'assurance complémentaire; en outre, il existe une obligation d'acceptation dans l'AOS, alors que l'assurance complémentaire jouit de la liberté contractuelle avec possibilité d'introduire des réserves de santé; enfin, la Confédération et les cantons financent une partie de l'AOS au niveau des primes par des contributions visant à réduire les primes et, au niveau des prestations, par le financement hospitalier. Les prestations des assurances complémentaires sont financées intégralement par les primes des assurés. Dans ce contexte, il convient de relever que la participation des cantons aux coûts des traitements hospitaliers semi-privés et privés dispensés dans le canton dans des hôpitaux publics (contributions de base) ne constitue pas un subventionnement de ces assurances complémentaires, mais une correction comptable à la charge de l'AOS, les coûts ayant été dans un premier temps portés uniquement à la charge des assurances complémentaires dans les hôpitaux.

Le Conseil fédéral propose de classer le postulat.

## **1.4 Rapport avec le droit européen**

### **1.4.1 L'acquis communautaire**

L'acquis communautaire européen ne comporte pas de codification consolidée du droit du contrat d'assurance. Le projet d'une directive d'harmonisation datant de 1979 (JO C 190 du 28 juillet 1979, p. 2; JO C 355 du 31 décembre 1980, p. 30) n'a pas pu s'imposer et a par conséquent été retiré par la Commission européenne (JO C 228 du 4 août 1993, p. 14).

Cependant, le droit communautaire dérivé intervient directement ou indirectement dans le droit du contrat d'assurance. C'est ainsi par exemple que les directives de la CE concernant l'assurance sur la vie et l'assurance autre que l'assurance sur la vie (Directive 2002/83/CE du Parlement et du Conseil, du 5 novembre 2002, concernant l'assurance directe sur la vie, JO L 345 du 19 décembre 2002, p. 1; Directive 92/49/CE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE [troisième directive «assurance non vie»], JO L 228 du 11 août 1992, p. 1) ont entraîné l'introduction d'un devoir d'information et de conseil par l'entreprise d'assurance en faveur du preneur d'assurance, et que la Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en

assurance, JO L 9 du 15 janvier 2003, p. 3, a conduit à un devoir d'information, de conseil et de documentation pour les intermédiaires. En outre, les réglementations dans les directives relatives à l'assurance RC pour véhicules automobiles ont considérablement renforcé la protection des lésés (Directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil [Quatrième directive sur l'assurance automobile], JO L 181 du 20 juillet 2000, p. 65; Directive 2005/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, modifiant les directives 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE et 90/232/CEE du Conseil et la directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JO L 149 du 11 juin 2005, p. 14).

Un groupe de projet scientifique (*Restatement of European Insurance Contract Law*) a élaboré jusqu'à la fin 2007 un projet de *Principles of European Insurance Contract Law* pour un système de droit européen du contrat d'assurance et l'a remis à la Commission européenne (<http://restatement.info/cfr/Draft-CFR-Insurance-Contract-17122007-FINAL.pdf>). Ces principes, qui doivent constituer un droit modèle servant à la compréhension des notions, s'adressent également aux législateurs nationaux. Quant à savoir si le législateur européen entend créer à partir des *Principles of European Insurance Contract Law* un droit du contrat d'assurance optionnel, il n'est pour l'instant pas possible de le dire.

#### **1.4.2 Les effets matériels du droit de surveillance déréglementé sur le droit du contrat d'assurance**

L'évolution du droit européen de surveillance des assurances est principalement caractérisée par la déréglementation qui a été introduite. A cet égard, l'abandon du contrôle préalable des produits a probablement bien été le pas le plus important. Cette déréglementation a dans le même temps diminué le niveau de protection des assurés, en ce sens que la diversité individualisée des produits a certes augmenté, mais qu'elle a conduit à un manque de transparence et de comparabilité des produits, ce qui a eu tendance à détériorer la position du preneur en tant que partie au contrat. Afin de compenser cette diminution de la protection des assurés, la tendance à une rereglementation a été enregistrée ces derniers temps dans quelques Etats européens.

En Suisse, l'évolution du droit de surveillance des assurances et les effets réciproques avec le droit du contrat d'assurance ont été dans une large mesure parallèles à ce qui se passait dans l'UE. La déréglementation entreprise par la LSA de 2004, dans laquelle il s'agit dans une large mesure de la transposition autonome du droit de l'UE, a été assortie d'un renforcement de la protection des assurés dans le droit du contrat d'assurance. Dans une première étape, la LCA a été également révisée en 2004 et, ainsi, des demandes urgentes en matière de protection des consommateurs ont pu être prises en compte. En complément et en extension de cette révision partielle, le présent avant-projet de révision totale doit constituer un acte juridique dans son ensemble mieux adapté à notre époque et plus proche des consommateurs.

C'est ainsi par exemple que les devoirs d'information sont élargis d'une manière générale et dans l'assurance-vie en particulier. En outre, le projet introduit un droit général de révocation du preneur d'assurance et statue des obligations de conseil pour l'assureur et pour le courtier en assurance ainsi que des devoirs d'information

pour l'agent d'assurance. Enfin, le domaine de protection du projet s'étend non seulement au consommateur, mais aussi au preneur d'assurance actif entrepreneurialement, pour autant que l'on ne soit pas en présence d'une assurance de grands risques.

Une comparaison de ces principales nouveautés avec le droit de l'UE montre que l'avant-projet suit largement ce droit.

## **2 Commentaire des dispositions du projet**

### **2.1 Titre 1 Dispositions générales**

#### **2.1.1 Chapitre 1 Champ d'application et droit impératif**

##### ***Art. 1 Champ d'application***

L'art. 1 P-LCA règle impérativement le champ d'application de la loi sur le contrat d'assurance.

##### ***Al. 1***

L'art. 1 P-LCA reprend, sous forme de description positive, le contenu normatif de l'art. 101, al. 1, ch. 2, LCA. Cela signifie que le P-LCA continue à ne pas s'appliquer aux rapports de droit privé entre les entreprises d'assurance qui ne sont pas soumises à la surveillance des assurances (art. 2, al. 2, LSA) et leurs assurés, à l'exception des rapports de droit pour l'exécution desquels ces entreprises d'assurance sont soumises à la surveillance des assurances. L'art. 122 P-LCA, qui déclare les art. 117 ss LDIP applicables aux contrats internationaux, demeure réservé.

##### ***Al. 2***

En ce qui concerne l'exclusion des contrats de réassurance du champ d'application du droit du contrat d'assurance, l'art. 1, al. 2, P-LCA reprend le droit actuel (art. 101, al. 1, ch. 1, LCA).

##### ***Art. 2 Droit impératif***

L'objectif central du projet est la garantie d'une protection raisonnable et réalisable des assurés. Dans cette perspective, l'intervention du législateur s'impose lorsqu'un fossé sépare les parties au contrat pour ce qui est de l'information ou de l'influence. C'est pourquoi non seulement les contrats avec les consommateurs, mais aussi ceux avec les petites et moyennes entreprises doivent être compris dans le domaine de protection des dispositions impératives et semi-impératives. De l'avis de la commission d'experts, le besoin de protection pour ces entreprises résulte également du caractère spécifique de la matière, celle-ci restant difficile à maîtriser même pour des personnes expertes en affaires en raison de ses particularités et de sa complexité. Une exception ne se justifie qu'en ce qui concerne les grands risques selon l'art. 124, al. 6, P-LCA, car les preneurs d'assurance concernés disposent en général de structures (services juridiques, etc.) qui leur permettent de sauvegarder convenablement leurs propres intérêts. Les dispositions impératives et semi-impératives sont énumérées à l'annexe 1.

### ***Art. 3 Rapport avec le reste du droit privé***

Sur le plan de la systématique, la LCA constitue du droit subsidiaire au CO. Les dispositions de la LCA priment en tant que loi spéciale sur le droit général des obligations. L'art. 3 P-LCA reprend ainsi l'idée à la base de l'art. 100, al. 1, LCA, selon lequel, en l'absence de dispositions spéciales, le comblement de lacunes et l'interprétation reposent sur les principes généraux. Au contraire du droit actuel, le texte de l'art. 3 P-LCA constitue cependant un renvoi général à l'ensemble du droit privé. Cette formulation ne constitue toutefois pas un changement d'ordre matériel, mais reflète plutôt l'opinion dominante selon laquelle le renvoi de l'art. 100, al. 1, LCA vise non seulement le CO, mais également le CC, ainsi que toutes les lois accessoires de droit privé déterminantes dans le droit du contrat. La disposition est impérative.

## **2.1.2 Conclusion et caractère contraignant du contrat d'assurance**

### **2.1.21 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 que l'entreprise d'assurance peuvent être des proposant.

La notion de preneur d'assurance englobe, outre le preneur d'assurance au sens strict, c'est-à-dire le partenaire contractuel de l'entreprise d'assurance, également les intéressés à l'assurance.

#### ***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.

##### ***Al. 2***

Afin d'améliorer la situation du preneur d'assurance dans les affaires de masse, le délai d'engagement de l'entreprise d'assurance doit être de trois semaines au moins dans le cas des contrats avec des consommateurs. Ainsi, le preneur d'assurance obtient un délai d'examen et de réflexion approprié, qui lui laisse également la possibilité de demander des offres comparatives. L'al. 3 étant semi-impératif, un raccourcissement de ce délai n'entre pas en considération, sauf pour les couvertures provisoires et pour les contrats de courte durée.

Le consommateur (utilisateur) au sens de la LCA est une personne physique concluant un contrat qui ne peut pas être attribué à son activité professionnelle ou commerciale. Pour définir les contrats de consommateurs, la LCA 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; RS 221.214.1).

#### ***Art. 6 Propositions spéciales***

L'art. 6 P-LCA reprend pour l'essentiel l'art. 2 LCA, le délai de réaction de l'entreprise d'assurance étant fixé uniformément à trois semaines pour des raisons pratiques. Conformément au principe de l'accès, le délai commence à courir à la date de

réception de la proposition par l'entreprise d'assurance. 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 P-LCA. Si une telle proposition est émise, l'entreprise d'assurance communique la nouvelle prime au preneur d'assurance, qui peut la refuser en exerçant le droit de révocation que lui confère l'art. 7 P-LCA. Dans ce cas, la modification du contrat n'a pas lieu.

### **Art. 7 Droit de révocation**

L'art. 7 P-LCA 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 sur la vie (art. 35 de la Directive 2002/83/CE du Parlement et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, JO L 345 du 19 décembre 2002, p. 1) 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, p. 16). Dans l'UE, la plupart des pays se sont limités à transposer la directive pour les assurances sur la vie. Seul un petit nombre d'entre eux a étendu le droit de révocation à tous les contrats d'assurance non-vie. La complexité des contrats d'assurance non-vie n'étant pas moindre, il paraît justifié de les inclure dans le champ d'application du droit de révocation.

### **Al. 1 et 4**

Doivent être concernées par le droit de révocation, non seulement la conclusion du contrat proprement dite, mais également la prolongation et la modification du contrat. En effet, de telles conventions peuvent avoir pour le preneur d'assurance une signification juridique et économique comparable à celle de la conclusion d'un contrat d'assurance.

Selon l'al. 4, le droit de révocation est exclu uniquement pour les contrats d'assurance collective de personnes et pour les couvertures provisoires. Pour les contrats d'assurance collective, c'est avant tout la protection des travailleurs dont les intérêts pourraient être mis en péril par une révocation qui est au premier plan (cf. à ce sujet l'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 au droit des directives européennes, qui présuppose une durée de contrat de six mois au moins pour l'exercice du droit de révocation dans l'assurance sur la vie (art. 35, al. 2, de la Directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance sur la vie), l'al. 1 de l'art. 7 P-LCA octroie le droit de révocation déjà dans le cas d'une durée de seulement 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, 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 ainsi de garantir que seules les conventions de moindre importance en raison de leur courte durée soient exclues du droit de révocation.

Selon le projet de révision, la révocation doit être établie en la forme écrite. Ainsi, le courrier électronique et la transmission par fax sont également compris.

### **Al. 2**

Le droit de révocation est réglé uniformément pour tous les genres de contrats d'assurance et prend fin deux semaines après la conclusion, la prolongation ou la modification du contrat.

### **Al. 3**

En abordant l'aspect de la fin du délai, l'al. 3 confirme que la proposition peut être révoquée déjà avant la conclusion de l'acte juridique correspondant. 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 du délai. 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**

La révocation doit déployer ses effets *ex tunc*, ce qui signifie que les prestations déjà accordées doivent être restituées. Il paraît logique que celui qui révoque sa proposition ou sa déclaration d'acceptation ne puisse pas prétendre à des prestations.

### **Al. 2**

En outre, une obligation de remboursement des frais par le preneur d'assurance est prévue si et dans la mesure où elle est justifiée par les circonstances. On peut penser dans ce contexte par exemple à des examens médicaux ou techniques coûteux que l'entreprise d'assurance a fait effectuer dans la perspective de la conclusion du contrat. Pour les modifications et les prolongations de contrats, seul peut être exigé le remboursement des prestations qui ont été effectuées sur la base de la modification ou de la prolongation.

### **Al. 3**

L'al. 3 statue une exception pour les cas dans lesquels l'entreprise d'assurance, malgré la révocation, est 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; RS 741.01), 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, il existe ainsi une protection d'assurance externe pour un temps limité, quand bien même il n'existe plus de contrat d'assurance en raison de la révocation.

Sur la base de l'inopposabilité des exceptions selon l'art. 65 LCR, l'entreprise d'assurance ne pourrait en principe pas opposer l'exception au lésé malgré une révocation. Dans de tels cas, il faut tenir compte de façon appropriée du changement dans les intérêts par une obligation correspondante de verser les primes et par l'exclusion du recours envers l'assuré.

## **Art. 9 Objet de l'assurance**

Non seulement le preneur d'assurance, mais aussi des tiers peuvent être impliqués de manières diverses dans le contrat d'assurance. Le P-LCA 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. Il remédie au manque de clarté et comble les lacunes actuelles grâce à une terminologie claire et à une formulation précise des faits à régler. Des présomptions légales visent à la sécurité du droit.

Alors que la plupart des ordres juridiques européens reposent sur la théorie dite des intérêts, dans le passé celle-ci a été majoritairement rejetée en Suisse en faveur de la théorie dite de l'objet. Selon la théorie de l'objet, l'objet de l'assurance est toujours une chose, une personne ou un patrimoine. Selon la théorie des intérêts par contre, 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 ainsi notamment du fait qu'il peut exister des rapports juridiques d'une personne sur une chose autres que la propriété qui sont susceptibles d'entraîner une perte de patrimoine 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 qui est digne de protection: l'assurance doit être possible également pour les cas dans lesquels – comme par exemple dans l'assurance des travaux de construction – propriété et prise en charge du risque sont distinctes. Un regard sur les conditions courantes d'assurance rend plus qu'évident que dans de telles situations, et 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 couvrir un risque de perte de patrimoine. Faute d'un tel intérêt économique, on se trouve en présence d'une opération de pari, soit d'une simple obligation naturelle. En liant la validité d'une assurance à l'exigence d'un intérêt économique, il s'agit de garantir le sérieux du contrat exigé par l'ordre juridique pour l'exécution du rapport contractuel. En outre, la doctrine des intérêts met à disposition un système qui est 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 – se rapporter qu'à des assurances de choses. En outre, le droit actuel repose déjà très nettement sur la doctrine des intérêts (par ex. art. 48 LCA), qui est par ailleurs ancrée dans pratiquement tous les ordres juridiques européens. C'est pourquoi la théorie des intérêts sera – si les efforts dans ce sens sont un jour couronnés de succès – partie intégrante d'un futur droit européen du contrat d'assurance.

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. Plaide dans ce sens le fait qu'il faut également dans l'assurance de sommes un indice pour le sérieux du rapport contractuel; plaide en défaveur le fait 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 aux art. 74 LCA et 10, al. 4, P-LCA – prévoient qu'une assurance au décès d'autrui ne peut être conclue qu'avec l'assentiment de la personne exposée au risque. Cette exigence est généralement considérée comme étant une garantie suffisante du sérieux d'une assurance de sommes. L'argument ne peut cependant convaincre que pour l'assurance-vie. Des assurances de sommes peuvent toutefois être rencontrées également dans d'autres branches d'assurance. Cela plaide pour que l'on se base sur un intérêt économique également dans l'assurance de sommes.

### **Al. 1 et 2**

Ces alinéas régissent les formes les plus importantes de l'implication de tiers. Une distinction est faite 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 (par ex. assurance-caution professionnelle) ou les assurances d'autrui pour son propre compte (par 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 repose sur le droit en vigueur, mais généralise le principe qui y est fixé. Alors que l'on présumait jusqu'ici que l'assurance est conclue pour le compte du preneur (art. 16, al. 2, LCA), la présomption est désormais en faveur de la personne assurée. Pour les assurances personnelles (sur lesquelles le droit actuel repose) c'est le preneur d'assurance, pour les assurances d'autrui le tiers assuré. La présomption peut être renversée. Les parties sont toutefois obligées de veiller à la clarté en recourant à des dispositions contractuelles correspondantes.

## **Art. 10 Ayants droit et tiers**

### **Al. 1 et 2**

La phrase 1 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 la personne assurée qui sont couverts, est complétée par la présomption selon laquelle la prétention d'assurance revient au détenteur de l'intérêt, en général donc à la personne assurée. Une dérogation est possible, mais à nouveau uniquement par 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 phrase 2 de l'al. 1 ainsi que l'al. 2 restreignent la compétence de s'écarter de l'al. 1, phrase 1 pour l'assurance-maladie et l'assurance-accidents.

Dans l'assurance individuelle, la personne assurée doit donner son accord si les prestations d'assurance ne doivent pas revenir au détenteur de l'intérêt (al. 1, phrase 2). Selon la règle générale, 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 typiquement dans l'assurance personnelle le preneur d'assurance lui-même et dans l'assurance d'autrui une personne ayant le statut de garant (par ex. un des parents ou l'employeur). Si maintenant l'argent ne doit pas être versé à ces personnes appelées à assumer les coûts d'éventuels sinistres, la personne assurée doit savoir que l'argent revient à des tiers si elle devient 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, le tiers assuré acquiert *ipso iure* un droit direct propre contre l'assureur en cas de survenance de l'événement assuré dans l'assurance-maladie collective ou l'assurance-accidents collective (art. 87 LCA); il devient ainsi

ayant droit. Dans l'assurance collective maladie et l'assurance collective accidents, les prestations d'assurance continuent aussi à devoir être payées impérativement à la personne assurée (al. 2). Cela signifie par exemple que les travailleurs d'un employeur qui assure sa propre obligation de poursuivre le paiement du salaire (il est ainsi détenteur de l'intérêt et l'on est par conséquent en présence d'une assurance d'autrui) ont un droit qui ne peut leur être retiré contre l'entreprise d'assurance (assurance pour compte d'autrui). Ce principe est également valable pour les droits directs prévus par des lois spéciales (par ex. art. 65, al. 1, LCR).

### **Al. 3**

Dans l'assurance pour compte d'autrui, le droit actuel 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. 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). Inversément, dans l'assurance pour compte d'autrui également, l'entreprise d'assurance ne doit pas être tenue de fournir au tiers 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. C'est pourquoi il est proposé d'invertir les deux règles en vigueur dans le nouveau droit.

### **Al. 4**

L'al. 4 reprend la règle non controversée de l'art. 74, al. 1, LCA. Chacun a le droit de savoir quelles assurances ont été conclues sur sa tête. Cela n'est pas seulement nécessaire pour des raisons éthiques; cela permet aussi 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).

## **Art. 11 Police**

### **Al. 1**

Le contenu de l'art. 11, al. 1, P-LCA correspond à la première phrase de l'art. 11, al. 1, LCA. Mais la disposition doit désormais être de droit dispositif. A l'avenir aussi, le preneur d'assurance doit recevoir une police d'assurance qui, pour autant qu'il n'y renonce pas, le renseigne sur ses droits et obligations découlant du contrat d'assurance.

### **Al. 2**

La disposition semi-impérative de l'art. 11, al. 2, P-LCA, supprime la fiction d'approbation contraire aux intérêts du preneur d'assurance de l'art. 12, al. 1, LCA. Selon cette disposition de la LCA, le preneur d'assurance doit demander la rectification de la police dans les quatre semaines après sa réception, faute de quoi même un contenu de la police s'écartant des conventions conclues est considéré comme accepté. A l'avenir, l'entreprise d'assurance ne doit plus pouvoir se prévaloir 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**

L'article 11, al. 3, P-LCA reprend, avec quelques améliorations linguistiques, le contenu de l'actuel art. 11, al. 2, LCA. Dans le cadre des devoirs d'information précontractuels (art. 12, al. 1, let. h, P-LCA), 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 en la forme écrite par le proposant.

## **2.1.22 Section 2 Devoir d'information précontractuel de l'entreprise d'assurance**

### **Art. 12 Contenu**

L'art. 12 P-LCA reprend avec quelques compléments importants et quelques apurements linguistiques le contenu de l'art. 3 LCA tel qu'il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. La disposition doit encore améliorer la transparence pour ce qui est des droits et des obligations découlant du contrat d'assurance pour le preneur d'assurance et ainsi encore mieux tenir compte des demandes politiques liées à cette question.

#### **Al. 1**

Au contraire de l'art. 3 LCA, l'al. 1 de l'art. 12 P-LCA ne contient pas d'énumération exhaustive des divers devoirs d'information. Cela permet de garantir que des informations qui ne sont pas prévisibles pour le moment mais sont cependant indispensables pourront être comprises dans le devoir précontractuel d'explication. Le devoir d'information relatif aux risques assurés et à l'étendue de la couverture d'assurance selon les let. a et b doit comprendre en particulier l'obligation d'une subdivision transparente du contrat entre l'assurance-maladie obligatoire et l'assurance-maladie complémentaire. L'actuel art. 3, al. 1, let. c, LCA est élargi par le devoir d'information sur la manière de percevoir les primes qui, en particulier pour l'assurance sur la vie liée à des participations, s'écarte de l'encaissement usuel des primes. De plus, les assureurs doivent indiquer s'ils différencient les primes en fonction du sexe. L'introduction d'un devoir d'information sur le droit de révocation à l'art. 12, al. 1, let. e, P-LCA, est également nouvelle et dictée par l'introduction du droit de révocation selon l'art. 7 du projet.

L'information relative au caractère des prestations – assurance dommages ou assurance de sommes – fait aussi partie des devoirs d'information précontractuels de l'entreprise d'assurance selon l'art. 12 P-LCA. Dans l'assurance de choses, la détermination de la valeur de remplacement selon l'art. 87 P-LCA fait partie de l'étendue de la couverture d'assurance, au sujet de laquelle l'entreprise d'assurance doit renseigner le preneur d'assurance.

Suite à la modification partielle de la loi sur la protection des données (LPD; RS 235.1), 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. Il est aussi dans l'intérêt des entreprises d'assurance, ne serait-ce que pour conserver la confiance des consommateurs, de procéder d'une manière aussi transparente que possible lors du traitement de données personnelles. Les questions relatives à la manière dont les entreprises d'assurance traitent les données personnelles, renseignent à leur sujet et, si nécessaire, recueillent des consentements valables, se poseront de manière accrue à l'avenir et auront aussi des conséquences sur la concurrence entre entreprises d'assurance.

Lors de la révision partielle de la loi sur la protection des données, le principe selon lequel la collecte de données personnelles doit être reconnaissable pour la personne concernée a été ancré à l'art. 4, al. 4, LPD. Toutes les informations nécessaires à un traitement des données conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité doivent être fournies. La question centrale dans les cas individuels est de savoir quelles sont les informations que le détenteur des données de la

personne concernée doit fournir dans la situation concrète. Ce faisant, il convient de tenir compte non seulement de la collecte, mais aussi des conditions cadres. Plus les conditions cadres sont complexes, plus les exigences quant à la reconnaissance de la collecte sont élevées. Selon le principe de la bonne foi, il peut être aussi nécessaire que des informations supplémentaires doivent encore être fournies: par exemple si la réponse aux questions posées est facultative ou obligatoire, ou quelles sont les conséquences du refus de fournir les indications demandées. Alors que, pour les données personnelles «normales» selon l'art. 4 LPD, il suffit qu'elles soient reconnaissables, il existe pour les données personnelles sensibles et les profils de la personnalité selon l'art. 7a LPD un devoir d'information relativement détaillé (FF 2003 1937 s.).

L'information revêt une signification d'autant plus importante qu'elle est la condition d'un consentement valable selon l'art. 4, al. 5, LPD. La LPD exige que la personne concernée donne son consentement volontairement après avoir été dûment informée. D'une part, le consentement est présenté à plusieurs reprises comme condition du traitement des données dans la LPD en vigueur; d'autre part, il est la justification la plus souvent invoquée dans la pratique. La notion de consentement est orientée sur la notion de «consentement du patient éclairé». La personne concernée doit disposer dans le cas concret de toutes les informations qui sont nécessaires pour lui permettre de prendre librement sa décision. Selon le principe de la proportionnalité, le consentement doit être d'autant plus clair que les données personnelles sont plus sensibles (FF 2003 1939 s.). Pour les données personnelles sensibles et les profils de la personnalité, l'art. 4, al. 5, LPD, stipule que le consentement doit être explicite, la personne concernée devant, selon l'art. 7a LPD, être informée activement avant de donner son consentement (FF 2003 1943).

Les informations précontractuelles concernant le traitement de données personnelles pourraient de préférence être données au moyen 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 excellente base. Y sont notamment réglés les points suivants: l'information de la personne concernée, le consentement, la saisie, le traitement par des sous-traitants, le transfert transfrontière des données et le marketing direct. Sur la base des notices, les consentements exigibles pourraient être aménagés spécifiquement en fonction des branches et des genres d'assurance. Ainsi, une concurrence sur le plan des conditions de protection des données pourrait avoir effectivement lieu.

Afin que le preneur d'assurance ne considère pas par erreur qu'il jouit d'une protection d'assurance dès la conclusion du contrat lorsqu'une clause de régularisation selon l'art. 27 P-LCA est convenue, l'art. 12, al. 1, let. g, P-LCA prévoit un devoir d'information particulier concernant le contenu de telles clauses.

Selon la let. h, le preneur d'assurance doit être rendu attentif à son droit d'exiger une copie des déclarations contenues dans la proposition ou remises d'une autre manière en la forme écrite.

Si le contrat prévoit un délai déterminé de remise de l'avis de sinistre visé à l'art. 35 P-LCA, le preneur doit en être informé précontractuellement (art. 12, al. 1, let. i, P-LCA).

## **Al. 2**

Dans l'assurance protection juridique, le preneur doit savoir avant la conclusion du contrat si le règlement des sinistres est confié à une entreprise gestionnaire des sinistres selon l'art. 32, al. 1, let. a, LSA. En outre, il doit savoir s'il a le droit de choisir un mandataire pour défendre ses intérêts selon l'art. 32, al. 1, let. b, LSA.

Pour la présentation de la participation aux excédents dans l'assurance-vie, la réglementation présente trois échelons: avant la conclusion du contrat, l'entreprise d'assurance renseigne sur les principes et les méthodes de calcul et de distribution des excédents (dont fait également partie un calcul modèle à désigner comme tel). Ensuite, le contrat lui-même doit impérativement développer les points mentionnés à l'art. 109, al. 1, P-LCA. Il existe ainsi une certaine redondance entre l'information précontractuelle selon l'art. 12 et le contenu minimum impératif du contrat selon l'art. 109 P-LCA. 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. b, P-LCA) et sa description dans les conditions générales d'assurance. Le troisième échelon enfin est constitué par les 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. 109, al. 2, P-LCA. 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 formatrice de capital, la loi lui offre deux formes de désinvestissement: le rachat et la transformation. La let. b reprend matériellement l'art. 3, al. 1, let. e et f, LCA. L'entreprise d'assurance doit renseigner le preneur d'assurance sur les principes de calcul de la participation aux excédents. Il s'agit dans ce contexte de l'information selon laquelle la participation aux excédents dépend de nombreux facteurs qui ne sont pas prévisibles et qui ne peuvent être influencés que de manière limitée. Les facteurs d'influence les plus importants (évolution des intérêts sur le marché des capitaux, évolution des risques assurés, coûts) doivent être énumérés. En outre, le preneur d'assurance doit être renseigné sur le fait que le calcul de la participation aux excédents ne repose pas sur les résultats du groupe, mais sur le bouclage individuel. 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. 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. En cas de transformation, par contre, le contrat n'est pas résolu 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. En outre, l'entreprise d'assurance devra à l'avenir 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. Cette publicité entraîne une plus grande transparence pour le preneur d'assurance, ce qui peut aussi créer une incitation au renforcement de la concurrence.

Dans l'assurance-maladie, l'information relative à la méthode de financement doit montrer comment cette méthode 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, cela doit être porté à la connaissance du preneur d'assurance; cette information doit également porter sur la manière dont les réserves de vieillissement sont constituées et sur les modalités de leur utilisation.

### **Art. 13 Forme et moment**

Le projet comble la lacune laissée par l'art. 3, al. 2, LCA, en vertu duquel les informations précontractuelles ne doivent pas impérativement être remises au preneur d'assurance avant la déclaration de volonté qui le lie. Pour des raisons de sécurité juridique, la forme et le mode de transmission de l'information doivent en outre être fixés dans la loi.

### **Art. 14 Violation du devoir d'information**

#### **Al. 1**

Mis à part la prescription relative à la forme, le contenu de l'art. 14, al. 1, P-LCA correspond à celui de l'art. 3a, al. 1, LCA.

#### **Al. 2**

L'art. 14, al. 2, P-LCA, reprend le contenu de l'art. 3a, al. 2, LCA. Toutefois, le délai absolu prévu par cette dernière disposition pour exercer le droit de résiliation paraît trop court, raison pour laquelle il doit être porté à deux ans. En outre, le délai ne doit plus commencer à courir à partir de la date de violation du devoir, mais de la conclusion du contrat. Contrairement à la violation du devoir, la conclusion du contrat a en effet lieu à une date qui peut être fixée avec exactitude.

## **2.1.23 Section 3 Obligation de déclaration précontractuelle du preneur d'assurance**

### **Art. 15 Contenu**

#### **Al. 1**

L'art. 15, al. 1, P-LCA précise que, du point de vue formel, seuls peuvent être considérés comme importants pour l'appréciation du risque les faits au sujet desquels l'entreprise d'assurance s'est renseignée sous la forme écrite, sans équivoque et de manière spécifique. Cette clause s'écarte nettement du système actuel (violemment critiqué) instauré par l'art. 4, al. 3, LCA, en vertu duquel les faits à propos desquels l'entreprise a posé des questions imprécises ou équivoques peuvent également être importants dans la seule mesure où l'entreprise parvient à prouver qu'ils ont influé sur sa décision de conclure le contrat. Le projet de révision restreint donc le cercle des faits importants pour l'appréciation du risque aux éléments qui ont fait l'objet de questions non équivoques et spécifiques. De la sorte, une entreprise d'assurance ne pourra plus invoquer des faits sur lesquels elle s'est renseignée de manière imprécise et équivoque, même si elle parvient à prouver qu'ils étaient matériellement importants. Cette modification se justifie au regard des conséquences de la réticence.

#### **Al. 2**

L'art. 15, al. 2 du projet reprend pour l'essentiel les dispositions en vigueur (art. 5, al. 1, LCA). Les ajustements sont principalement d'ordre linguistique.

### **Al. 3**

La définition des faits importants pour l'appréciation du risque donnée à l'art. 15, al. 3, P-LCA correspond partiellement à l'actuel art. 4, al. 2, LCA. L'obligation de déclarer concerne uniquement les faits qui sont déterminants pour l'appréciation du risque par l'entreprise d'assurance en ce sens qu'ils l'éclairent sur la nature et l'étendue des facteurs de risque (ATF 122 III 458, 460; 116 II 338, 339). Sont également considérés comme 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, 336; 99 II 67, 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. Ces informations servent généralement à évaluer la prime, parfois aussi à délimiter l'étendue de la couverture. Elles concernent certes l'assurance automobile (kilométrage annuel), mais aussi des assurances pour des événements et des projets. Aucune certitude n'existe cependant quant aux faits futurs. Il ne s'agit que de suppositions qui ne peuvent pas entrer dans le cadre de l'obligation de déclaration. Ainsi, les dispositions relatives à cette dernière ne sont pas applicables aux questions concernant le kilométrage futur dans une assurance automobile, par exemple. Le preneur d'assurance ne doit pas être contraint d'émettre des suppositions et des spéculations, pour ensuite devoir supporter les conséquences juridiques d'une réticence s'il s'est trompé dans ses estimations. Toutefois, peuvent être prises en considération les évolutions identifiables ou prévues selon les circonstances actuelles. On peut envisager notamment de demander au preneur d'assurance si un certain nombre de kilomètres sera dépassé d'après les conditions connues actuellement. Le cas échéant, le preneur d'assurance doit en informer l'entreprise. Les règles relatives à l'aggravation du risque s'appliquent en revanche si le dépassement entre en ligne de compte plus tard seulement. Par conséquent, seuls les faits déjà existants ou concrètement identifiables sur la base des circonstances actuelles peuvent être considérés comme importants pour l'appréciation du risque au sens de l'art. 15, al. 3, P-LCA.

En ce qui concerne l'importance d'un fait, l'art. 4, al. 2, LCA se fonde sur sa capacité à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues. L'art. 15, al. 3, en relation avec l'art. 18, al. 1, P-LCA reprend pour l'essentiel le droit en vigueur, tout en distinguant plus précisément entre l'importance objective et l'importance subjective du fait. L'art. 15, al. 3, P-LCA se concentre sur le côté objectif, en se basant à cet égard sur le caractère matériel de l'influence du fait concerné sur l'appréciation du risque. L'importance subjective est reportée à l'art. 18, al. 1, P-LCA, qui s'intéresse à l'influence effective ou non d'une déclaration inexacte sur la décision de l'assurance de conclure le contrat ou de le conclure avec le contenu en question.

Du point de vue matériel, les faits considérés comme objectivement importants sont uniquement ceux qui, de par leur nature, sont propres à influencer sur l'évaluation du risque à assurer. La supposition de l'art. 4, al. 3, LCA concernant l'importance de faits à propos desquels l'assurance s'est renseignée précisément et de manière non équivoque, est 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.

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

L'art. 16 P-LCA définit les personnes de référence pour les obligations spécifiées dans l'art. 15 P-LCA, lorsque le preneur d'assurance n'effectue pas lui-même la déclaration des risques ou qu'une tierce personne doit être assurée.

A l'art. 5, al. 1, LCA, le droit actuel contient déjà une disposition qui impose, si le contrat est conclu par un représentant, la déclaration des faits importants connus non seulement par le représenté, mais aussi par le 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.

Pour l'essentiel, le droit actuel comme le droit révisé cherchent à définir le cercle de personnes concernées par l'obligation de déclaration, en d'autres termes celles aux connaissances desquelles il faut recourir en vue de la déclaration des risques. Outre le preneur d'assurance, il s'agit principalement des personnes concernées par la survenance du sinistre, c'est-à-dire les assurés. Ceux-ci ont la relation la plus directe avec le risque et disposent, de ce fait, des connaissances décisives sur la situation en matière de risque pour l'entreprise d'assurance. Enfin, il convient de prendre des mesures spéciales pour éviter que l'obligation de déclaration ne puisse être contournée par l'intervention de tiers de bonne foi.

#### **Al. 1**

En application du principe d'imputation des connaissances, le preneur d'assurance, en tant que principal, 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 du risque qui sont ou doivent être connus du représentant doivent également être déclarés.

#### **Al. 2**

Selon l'art. 16, al. 2, P-LCA, en cas d'assurance d'autrui, doivent être aussi déclarés, en plus des propres connaissances du preneur d'assurance, les faits qui sont connus du tiers assuré et de son représentant (cf. également art. 5, al. 2, LCA). Sont considérés comme assurances d'autrui en vertu de l'art. 9, al. 2, P-LCA tous les contrats qui assurent un intérêt économique d'une personne autre que le preneur d'assurance. L'obligation de déclaration concerne le preneur d'assurance, lequel 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 pourtant des situations dans lesquelles la personne à assurer n'est pas au courant de la souscription du contrat (par ex. un conducteur encore inconnu, dans le cas d'une assurance de véhicules automobiles). Tout comme l'art. 5, al. 2, LCA, l'art. 16, al. 2, P-LCA instaure donc une exception pour faire face à ce cas de figure.

Conformément à l'art. 5, al. 2, LCA en vigueur, l'obligation de déclaration échoit lorsqu'il n'est pas possible d'aviser le proposant en temps utile. De nos jours, il est difficilement imaginable que le proposant ne puisse être avisé à temps de faits importants du risque, ce qui rend obsolète la teneur de la dernière partie de la phrase de l'art. 5, al. 2, LCA.

Les conséquences juridiques selon les art. 18 à 23 du projet s'appliquent identiquement à la violation de l'obligation de déclaration en cas de représentation et en cas d'assurance d'autrui.

#### ***Art. 17 Moment déterminant***

Cette disposition élimine tous les problèmes d'interprétation autour de la délimitation de la réticence en matière d'aggravation du risque. Selon les dispositions en vigueur, l'obligation de déclaration précontractuelle s'étend jusqu'à la conclusion du contrat, tandis que les règles sur l'aggravation du risque ne s'appliquent qu'à partir de la souscription. En vertu de l'art. 4 LCA, le preneur d'assurance est tenu de communiquer par écrit à l'entreprise d'assurance les modifications de faits importants avant la souscription du contrat. Cela étant, les preneurs d'assurance ne sont généralement pas conscients du fait que l'obligation de déclaration reste valable jusqu'à la conclusion du contrat. Ils estiment bien plus y avoir satisfait en répondant au questionnaire préalable à la souscription et risquent ainsi de commettre une réticence. De leur côté, les entreprises sont confrontées à un problème d'intervalle, avec le risque que ne surviennent pendant l'examen des offres des faits importants qui doivent être déclarés. 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 augmentation du risque soumise à l'obligation de déclarer (cf. également art. 46 P-LCA). Au demeurant, cette solution est également compatible avec la condition que les faits importants pour l'appréciation du risque doivent avoir lieu présentement ou dans le passé.

#### ***Art. 18 Violation de l'obligation de déclaration, principe***

Les conséquences juridiques de la réticence ont déjà été atténuées avec la révision partielle de la LCA entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Or, cet amendement se limitait aux révisions urgemment nécessaires (introduction du principe de causalité, droit de résiliation). Aujourd'hui, les nouvelles adaptations visent à améliorer la protection des assurés (cf. art. 18 à 23 P-LCA).

##### ***Al. 1***

A l'instar du droit actuel, l'entreprise d'assurance est en droit de résilier le contrat par écrit en cas de violation de l'obligation de déclaration. L'exercice de ce droit est indépendant du degré de la faute commise par le preneur d'assurance. La condition de la faute en tant que telle résulte de l'interprétation du libellé de l'art. 18, al. 1, P-LCA, qui suppose que le preneur d'assurance a tu ou déclaré de manière inexacte des faits importants qu'il connaissait ou devait connaître. A l'avenir également, il faudra se référer, à cet égard, à des éléments subjectifs pour savoir quels faits le preneur d'assurance aurait dû connaître indépendamment de son niveau de connaissances effectif. Cette pratique correspond d'ailleurs à la jurisprudence pratiquée par le Tribunal fédéral depuis de nombreuses années.

Plusieurs conditions doivent être réunies simultanément pour fonder le droit de résiliation. Premièrement, l'entreprise d'assurance doit avoir commis une erreur d'appréciation du risque en sa défaveur à cause des déclarations erronées. Mêmes objectivement susceptibles d'influencer l'appréciation du risque, de fausses déclarations au sens de l'art. 15, al. 3, P-LCA ne suffisent pas à déclencher les conséquences juridiques. Il faut que la situation en matière de risque soit

effectivement pire que celle que s'était représentée l'entreprise d'assurance. Généralement, l'élément de l'importance subjective interviendra également dans pareil cas. Il est toutefois envisageable que les faits tels que se les représente l'entreprise d'assurance ne constituent pas une condition sine qua non à la conclusion du contrat ou à sa conclusion avec le contenu convenu. L'indication erronée aurait alors certes influé négativement sur l'évaluation du risque, mais n'aurait pas modifié la décision de l'entreprise d'assurance de conclure le contrat ou de le conclure avec le contenu convenu. Pour cette raison, le projet de révision ajoute la condition selon laquelle le contrat n'aurait pas été conclu ou l'aurait été avec un autre contenu en cas d'évaluation correcte.

Le projet renonce à une règle analogue à l'art. 75 LCA puisque cette disposition ne joue plus aucun rôle dans la pratique actuelle.

#### **Al. 2**

Conformément au droit actuel (art. 6, al. 3, LCA), l'extinction de l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance est conditionnée à la fin du contrat. La nouvelle formulation inclut désormais aussi les cas où le contrat prend fin à la suite, non d'une résiliation, mais d'un dommage total assuré, et où l'entreprise d'assurance n'apprend la réticence qu'a posteriori. Au vu de la disproportion qu'il y aurait à ce que l'obligation de prestation puisse être levée indépendamment de la gravité de la faute du preneur d'assurance, le projet restreint l'exemption aux cas de réticence grave et volontaire. Il reprend en outre le principe de causalité de l'art. 6, al. 3, LCA, aux termes duquel l'obligation d'accorder les 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 manière inexacte. Le droit en vigueur n'établit pas de distinction selon la part du fait important dans la survenance ou l'étendue du sinistre. Au contraire, l'art. 6, al. 3, LCA prévoit un droit de refus de prestation généralisé, même en cas de cause partielle, ce qui introduit de fait un caractère punitif. La révision corrige ce déséquilibre en limitant dorénavant la possibilité de refuser des prestations aux seules parties causales de la prestation, par la formulation «si leur survenance ou leur 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».

Les dispositions actuelles ne prévoient pas le cas où la couverture aurait été refusée si les faits avaient été déclarés correctement (p. ex. réserve). 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. Les prestations que l'entreprise d'assurance a déjà versées doivent être remboursées (art. 19, al. 2, P-LCA).

### ***Art. 19 Résiliation en cas de violation de l'obligation de déclaration***

#### **Al. 1**

Selon l'art. 19, al. 1, P-LCA, l'entreprise d'assurance qui résilie le contrat peut exiger, avec effet rétroactif, la différence par rapport à la prime déjà payée s'il apparaît que, et dans la mesure où une prime plus élevée aurait été appliquée selon le tarif applicable en l'absence de réticence. Cette formulation laisse clairement comprendre que l'adaptation de la prime ne peut être exigée que pour la période au cours de laquelle le risque aggravé existait réellement. L'entreprise d'assurance peut exercer ce droit en particulier lorsque le contrat d'assurance s'est éteint à cause d'un dommage total assuré sans responsabilité causale.

#### **Al. 3**

L'art. 19, al. 3, P-LCA correspond à l'art. 6, al. 4, LCA.

#### **Al. 4**

Le projet instaure un délai de prescription absolu pour le droit de résiliation, par analogie à celui de cinq ans à compter de la conclusion du contrat applicable aux créances découlant du contrat d'assurance. Sur la base de l'art. 54 P-LCA, le contrat peut être résilié à titre extraordinaire, même après l'expiration du délai de prescription absolu, en cas de dol.

#### **Al. 5**

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. 20 Maintien du contrat malgré la violation de l'obligation de déclaration**

Lorsque l'entreprise d'assurance a reconnu l'obligation de déclaration, elle doit pouvoir maintenir le contrat en vigueur, en marge du droit de résiliation. Si elle omet, pour une quelconque raison, de résilier le contrat, celui-ci est maintenu avec son contenu actuel. L'entreprise d'assurance a droit à une prime plus élevée rétroactivement à la date de la conclusion du contrat dans la mesure où une prime plus élevée aurait été appliquée selon le tarif en vigueur en l'absence de violation de l'obligation de déclaration. Une telle augmentation ne constitue pas une adaptation des primes selon l'art. 49 P-LCA. Le preneur d'assurance peut se départir du contrat d'assurance en application du droit de résiliation ordinaire selon l'art. 53 P-LCA.

#### **Art. 21 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. Dans 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. Certes, le preneur d'assurance n'est 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 l'exactitude des déclarations. L'art. 21 exprime cette protection de la confiance en prescrivant que les conséquences juridiques de la réticence s'appliquent également au preneur d'assurance qui, sans avoir été interrogé à ce sujet, communique sous une forme qualifiée des renseignements incorrects concernant des faits importants, qui de par leur nature et de manière reconnaissable par lui, sont propres à influencer sur l'évaluation du risque à assurer.

#### **Art. 22 Résiliation d'un contrat collectif**

L'art. 22 P-LCA reprend le contenu de l'art. 7 LCA. Les ajustements sont uniquement d'ordre linguistique et ne modifient pas la teneur de la norme.

#### **Art. 23 Absence de conséquences en cas de violation de l'obligation de déclaration**

Comme l'art. 8 LCA, l'art. 23 P-LCA énumère d'autres circonstances dont l'existence ou l'absence peut déclencher les conséquences juridiques d'une réticence.

Il renonce toutefois à reprendre une disposition analogue à l'art. 8, ch. 1, LCA, étant donné que les art. 18 à 21 P-LCA, avec les conséquences juridiques qu'ils prescrivent en application du principe de causalité, tiennent déjà compte de la relation causale entre le fait important pour le risque non déclaré ou inexactement déclaré d'une part, et la survenance de l'événement assuré d'autre part.

En outre, le projet a supprimé la disposition selon laquelle les conséquences juridiques de la violation de l'obligation de déclaration 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 ces droits exerce un effet à l'encontre de l'entreprise d'assurance exclusivement et est donc déjà admise dans le cadre des dispositions semi-impératives de l'art. 23 P-LCA sans qu'il soit nécessaire de l'exprimer explicitement.

#### **Al. 1**

Cet alinéa spécifie que la violation de l'obligation de déclaration ne produit de conséquences qu'à condition que la demande de renseignements fasse 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 P-LCA 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.

La renonciation aux questions dans les cas prévus par l'art. 21 P-LCA rend caduque l'obligation d'explication.

#### **Al. 2**

En vertu de l'art. 23, al. 2, let. b, P-LCA, et à l'instar de l'art. 8, ch. 2, LCA, l'entreprise d'assurance ne doit pas pouvoir arguer de la violation de l'obligation de déclaration, même en application du nouveau droit, 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 est considéré comme ayant provoqué la réticence. Si l'entreprise d'assurance fait conduire les négociations relatives à la conclusion d'un contrat d'assurance par une autre personne ou si elle se fait représenter par une autre personne lors de la conclusion du contrat, elle doit répondre de son comportement comme du sien, en vertu de l'art. 69, al. 3, P-LCA, sans égard à la nature du rapport de droit entre la partie elle-même et l'autre personne.

Le comportement des agents intervenant pour la négociation ou la conclusion est assimilé à celui de l'entreprise. L'art. 23, al. 2, let. c, P-LCA reprend la teneur, sous forme raccourcie, des ch. 3 et 4 de l'art. 8 LCA, selon lesquels les conséquences juridiques de la violation de l'obligation de déclaration ne peuvent être invoquées si l'entreprise d'assurance connaissait ou devait connaître le fait important qui a été tu ou déclaré de manière inexacte. Selon l'art. 69, al. 2, P-LCA, si l'entreprise d'assurance fait intervenir une autre personne pour conduire les négociations ou conclure le contrat, elle doit tenir compte des connaissances de cette dernière également, sans égard à la nature du rapport de droit qui l'unit à ladite tierce personne.

Les art. 23, al. 2, let. d et art. 23, al. 3, P-LCA reprennent les dispositions de l'art. 8, ch. 6, LCA, avec quelques allègements stylistiques.

### **2.1.24 Section 4 Conventions particulières**

#### **Art. 24 Couverture provisoire**

La couverture provisoire répond au besoin du preneur d'assurance de disposer d'une couverture avant la conclusion définitive du contrat déjà, et d'ainsi combler 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. L'art. 24 P-LCA comble cette lacune.

#### **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, le fait que les parties, aux termes de l'art. 24, al. 1, P-LCA, s'accordent sur les personnes et la manière de déterminer les risques assurés, ainsi que sur l'étendue de la protection d'assurance suffit à fonder l'obligation de prestation (l'art. 27 CC<sup>1</sup> délimite la subjectivité). 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. Pour les contrats de consommateurs, l'accord concernant le recours aux conditions générales doit être formulé expressément. Il en va de même pour les conditions générales d'assurance.

#### **Al. 2**

En matière de paiement des primes, les parties ne doivent conclure de convention spéciale que si celle-ci n'est pas de toute façon usuelle (en ce qui concerne le principe et l'étendue).

#### **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 du P-LCA.

### **Art. 25 Assurance rétroactive**

#### **Al. 1**

Un contrat d'assurance est généralement 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 événements qui se sont manifestés avant sa conclusion. On peut citer à ce titre les assurances dites «de sinistres déclarés» (claims made) en assurance

---

<sup>1</sup> Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

responsabilité civile. Dans le cadre de celles-ci, la survenance de l'événement assuré est déterminée non 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). En pratique pourtant, il arrive régulièrement qu'une assurance ou qu'un contrat soient conclus pour des événements passés ou étendus à de tels événements. Il convient aussi de rappeler l'art. 10 LCA, qui instaure une exception pour les assurances-incendie relatives à des objets situés à l'étranger et aux assurances-transport. Selon celle-ci, les conséquences juridiques de la nullité prévues à l'art. 9 ne s'appliquent que si les deux parties, lors de la conclusion du contrat, savaient que le risque avait disparu ou que le sinistre était survenu. En dérogation à l'art. 10, al. 1, LCA, et en réponse aux besoins éventuels du marché, l'art. 25, al. 1, P-LCA laisse aux parties la possibilité de faire se référer l'assurance à une date antérieure à la conclusion du contrat (assurance rétroactive). Partant, l'antidatation de la couverture doit dès lors également être admise lorsque l'entreprise et le preneur d'assurance avaient déjà connaissance de la survenance antérieure d'un sinistre, raison pour laquelle ils voulaient reporter le début des effets du contrat. A fortiori, 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 est nul pourtant si les deux parties ne disposaient pas des mêmes informations. Selon le P-LCA, il y a nullité lorsque seul le preneur d'assurance savait (ou devait savoir) que l'événement assuré s'était déjà produit avant la conclusion du contrat.

Dans 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. 26 Impossibilité de survenance du sinistre**

La disposition de cet article correspond en partie au cas de «disparition du risque» énoncé dans le droit actuel. Si l'art. 26, P-LCA ne se réfère pas à l'assurance rétroactive, il 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. 27 Clause de régularisation**

##### **Al. 1**

En principe, les parties peuvent librement décider de la date à partir de laquelle le contrat déploiera ses effets, c'est-à-dire la date à partir de laquelle l'assurance commence à courir. Ainsi, il est possible de convenir, même par le biais des CGA, qu'aucune couverture ne sera octroyée tant que la première prime ne sera pas versée. Dans 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. g, P-LCA).

### **Al. 2**

Selon l'art. 27, al. 2, P-LCA, une entreprise d'assurance n'est pas en droit de se prévaloir d'une convention selon l'al. 1, si elle a remis la police avant le paiement de la première prime. Le cas échéant, le preneur d'assurance ne doit pas être amené à croire qu'il est assuré du moment que la police lui a été remise avant le paiement de la prime. Contrairement au droit en vigueur (art. 19, al. 2, LCA), la disposition proposée est impérative.

## **2.1.25 Section 5 Communications et observation des délais**

### **Art. 28 Communications**

#### **Al. 1**

Dans l'échange de communications avec le preneur d'assurance, l'entreprise d'assurance doit savoir à quelle adresse elle doit envoyer les documents contractuels et les autres communications. Pour être valablement remises selon la LCA, les communications au preneur d'assurance et à l'ayant droit doivent être envoyées à la dernière adresse que la/les personne(s) concernée(s) ont communiquée à l'entreprise d'assurance. Le preneur d'assurance supporte donc le risque de ne pas recevoir une communication, notamment s'il omet d'annoncer son déménagement à l'assurance. Cette disposition reprend la teneur de l'art. 43 LCA. Dorénavant semi-impérative, elle ne peut plus être modifiée dans les CGA. Au vu des conséquences graves de cette fiction de notification, 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.

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 surveillance.

#### **Al. 2**

Dans la mesure où une communication a été remise de manière qualifiée (notamment par «lettre signature» ou courrier recommandé), elle est considérée, conformément à la règle usuelle actuelle, comme ayant eu lieu au plus tard le septième jour qui suit le jour de la première tentative de distribution infructueuse (fiction de notification). Dès lors, il incombe au preneur d'assurance de s'assurer qu'il peut prendre connaissance des communications qui lui sont adressées. Il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation divergente pour le secteur des assurances.

### **Art. 29 Respect des délais**

L'art. 29 correspond à l'art. 45, al. 2 et 3, LCA.

## **2.1.3 Chapitre 3 Prime**

### **Art. 30 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; en général, celle-ci a une durée d'un an. Comme l'art. 19, al. 1, de l'actuelle LCA, cette disposition est de droit dispositif, si bien que les parties peuvent convenir d'une autre

règle. Il en va de même de la définition de l'échéance ainsi que de la répartition 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 demeure réservée; celle-ci permet de conditionner le début de la couverture d'assurance au paiement de la première prime (exigible) (cf. remarques concernant la clause de régularisation art. 27 P-LCA).

Contrairement à l'art. 22 de la LCA en vigueur, le projet renonce à définir explicitement le lieu où la prime doit être acquittée. Sont donc applicables les dispositions contractuelles générales, à savoir l'art. 74, al. 2, ch. 1, CO<sup>2</sup>, selon lesquelles la prime doit être payée au siège de l'entreprise d'assurance.

### **Art. 31 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 complétés et spécifiés par les alinéas suivants de l'art. 31 P-LCA.

Cette disposition vise à donner une nouvelle base aux solutions prévues et développées par les art. 20 ss de l'actuelle LCA et par la pratique.

Les conditions de la demeure du débiteur sont régies par l'art. 102 CO. Son alinéa 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'absence 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 de la LCA, le P-LCA ne règle pas expressément la question de savoir si le preneur d'assurance qui ne s'acquitte pas de sa prime est mis en demeure uniquement après une sommation. D'après la doctrine générale du droit des contrats, l'application de l'art. 102 CO doit bien plus déterminer au cas par cas si la sommation est requise ou non, ce qui paraît justifié au vu de la volonté de relativiser les conséquences juridiques du retard de paiement de la prime. En règle générale, il faudra dorénavant considérer qu'un jour d'échéance a été prévu lorsque la police fixe un délai pour le paiement de la prime. Par conséquent, le preneur d'assurance qui ne paie pas sa prime est mis en demeure à l'expiration du jour d'exécution déjà (délai de paiement). Les parties, et en particulier les entreprises d'assurance, sont libres d'instaurer contractuellement une autre solution, par exemple en établissant diverses étapes dans la sommation, comme c'est fréquemment le cas actuellement.

---

<sup>2</sup> Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (RS 220)

### **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 pour le retard. En vertu de l'art. 31, al. 2, P-LCA, l'entreprise d'assurance a toutefois la possibilité d'envisager la résiliation du contrat. Pour ce faire, elle doit respecter la procédure prévue: impartir à la personne qui est en demeure un délai de paiement de quatre semaines pour le paiement de la prime (le délai en question ne peut être raccourci par contrat et commence à courir à compter de la date de réception de la sommation); puis déclarer, au moment de la fixation du délai de grâce, que le contrat sera réputé résilié à l'échéance dudit délai si ce dernier n'est pas utilisé, c'est-à-dire si la prime n'est toujours pas versée.

L'entreprise peut toutefois prévoir plus que la fixation d'un délai de grâce dans le contrat. Si la procédure de l'art. 31, al. 2, P-LCA est engagée, le contrat prend fin (et partant l'obligation de l'entreprise d'assurance) à l'échéance du délai de grâce.

### **Al. 3**

Cette disposition reprend l'idée fondamentale de l'art. 20, al. 4, de la LCA en vigueur et renvoie aux art. 111 et 112 P-LCA, qui règlent, à l'instar du droit actuel, les valeurs possibles de transformation et de rachat à la fin d'un contrat d'assurance-vie.

### **Art. 32 Divisibilité**

L'art. 32 P-LCA correspond à l'art. 24 de l'actuelle LCA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. De petites modifications linguistiques et systématiques ont été apportées; les réserves concernant la fin de l'assurance en cas de dommage total et de dommage partiel sont réunies à l'al. 2 de l'art. 32.

L'art. 32, al. 2, let. a, P-LCA reprend en particulier la nouvelle disposition de l'art. 24, al. 2, LCA entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. 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.

### **Art. 33 Prestations d'assurance avec délai d'attente**

L'art. 33 P-LCA correspond à l'art. 118 de l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS; RS 961.011). Cette disposition est reprise dans le P-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**

### **2.1.41 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 lui aussi soumis à diverses incombances selon le droit actuel. Le nouveau droit étend expressément le domaine d'application de celles-ci au preneur d'assurance également. Par analogie à la doctrine du droit général des obligations, le projet entend par incombances légales – par opposition aux obligations effectives – 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. Pour autant, un non-respect peut engendrer une éventuelle réduction de prestations de l'entreprise d'assurance en fonction du degré de la faute (cf. par exemple art. 42, al. 5, P-LCA).

Les défauts de la systématique de l'actuelle LCA sont patents dans le domaine des incombances également. Les dispositions relatives à l'avis de sinistre, à la diminution du dommage et à l'interdiction de changements sont totalement dispersées dans la loi. Le projet, lui, rassemble toutes les incombances au même endroit. L'incombance de prévention et de diminution du dommage (art. 34 P-LCA) est modifiée sur le plan matériel en ce sens que son application est avancée au moment précédant immédiatement la survenance du dommage.

### **Art. 34 Prévention et diminution du dommage**

L'art. 34 P-LCA se rapporte à l'art. 61 de la LCA en vigueur, tout en étendant l'application de la disposition à d'autres assurances que l'assurance dommages. Ensuite, la conséquence juridique de la violation de l'obligation de diminution du dommage – droit de l'entreprise d'assurance de réduire ses prestations – est dissociée de cette disposition et appliquée systématiquement à l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance, en particulier à l'exclusion et la réduction (art. 42 P-LCA), lesquelles exigent une faute.

#### **Al. 1**

L'actuelle «obligation de sauvetage» (tit. marg. de l'art. 61 LCA) ne doit pas seulement déployer ses effets après la survenance du sinistre, mais également avant, et concerner les cas où le sinistre ne s'est pas encore produit et menace (pourtant) de se réaliser. Cela étant, le preneur d'assurance ou l'ayant droit ne doit pouvoir être tenu de prendre des mesures que lorsque la survenance du sinistre est imminente. Ainsi, les mesures de prévention ou de diminution d'un dommage ne doivent être engagées que lorsque, et dans la mesure où, elles sont non seulement possibles mais également raisonnablement exigibles dans la situation concrète. Dans l'optique de prévenir des sinistres évitables, l'avancement dans le temps de l'obligation de sauvetage paraît pertinente, d'autant plus que les frais de prévention (et de réduction) du dommage engagés par le preneur d'assurance doivent être pris en charge par l'entreprise d'assurance pour les mesures prises, à concurrence de la somme d'assurance convenue (art. 41 P-LCA). Cette règle met un terme absolu et objectif à la vieille controverse relative à la reconnaissance d'une obligation de sauvetage exercée par anticipation.

#### **Al. 2**

La requête d'instructions auprès de l'entreprise d'assurance existe déjà dans le droit actuel (art. 61, al. 1, phrase 2, LCA). Le preneur d'assurance doit suivre de telles instructions si elles sont «raisonnables» ainsi que le prescrit expressément l'alinéa. Le preneur d'assurance ou l'ayant droit doit spontanément demander à l'entreprise d'assurance des instructions lorsque cela a été convenu contractuellement ou que les circonstances l'exigent. Il est probable que les entreprises d'assurance souhaitent concrétiser cette clause plus formellement dans les conditions générales d'assurance.

### **Art. 35 Avis de sinistre**

La clause concernant l'obligation d'aviser en cas de sinistre reprend les grandes lignes de l'art. 38 LCA. Ici aussi, la sanction est extraite de cette disposition et réglée dans le cadre du programme de prestations de l'entreprise d'assurance (cf. art. 42,

al. 1, let. b, P-LCA). Comme dans le droit actuel, l'al. 1 suppose de manière cumulée que le preneur d'assurance ou l'ayant droit doivent avoir connaissance non seulement de la survenance du sinistre, mais aussi de la couverture d'assurance. Contrairement à la LCA actuelle (cf. art. 38, al. 1, phrase 2), l'art. 35 P-LCA ne mentionne plus la possibilité de prescrire contractuellement la forme écrite pour l'avis de sinistre. Celle-ci restera probablement la forme principale de communication, même si la forme orale pourra suffire à titre exceptionnel. L'exclusion de la possibilité de déclaration orale dans les CGA resterait sans effet en raison du caractère semi-impératif de la disposition en question. Par contre, la fixation dans le contrat d'un délai particulier reste admise à condition qu'il soit adéquat (art. 35, al. 2, P-LCA).

### **Art. 36 Renseignements**

#### **Al. 1**

L'art. 36 P-LCA impose un devoir de renseignement au preneur d'assurance et à l'ayant droit qui veulent exercer leur droit aux prestations. En effet, la prétention d'assurance ne devient exigible qu'une fois qu'ils se sont acquittés de cette obligation. Ce devoir de renseignement est énoncé à l'art. 39 LCA. Pour sa part, le projet part du principe que l'exercice de prétentions doit dépendre, en plus de l'obligation de déclaration faite au preneur d'assurance et à l'ayant droit, de celle de coopérer à la constatation des circonstances dans lesquelles le sinistre est survenu. Le projet s'écarte cependant du droit en vigueur sur plusieurs points. Premièrement, l'entreprise d'assurance peut encore demander, comme jusqu'à présent, 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. Mais le projet restreint désormais – contrairement à l'art. 39 LCA – l'obligation de renseignement aux seules informations qui sont «nécessaires», c'est-à-dire qui permettent à l'entreprise de constater correctement les circonstances et de déterminer de manière pertinente son obligation de prestation. Le type d'informations à fournir est plus étendu selon la législation actuelle. L'art. 39, al. 1, LCA spécifie en effet que le preneur d'assurance doit fournir tout renseignement sur les faits qui «peuvent servir» à déterminer les circonstances ou les conséquences du sinistre.

#### **Al. 2**

Si l'art. 36, al. 2, P-LCA correspond sur le fond à l'actuel art. 39, al. 2, ch. 1, LCA, il est désormais semi-impératif. Dans la mesure où le contrat le prévoit, l'entreprise d'assurance peut exiger des pièces déterminées (documents écrits). Leur obtention doit toutefois être possible dans des conditions raisonnables pour le preneur d'assurance ou l'ayant droit. Il n'était pas utile de reprendre la réglementation de l'art. 39, al. 2, ch. 2, LCA (sanction) pour les cas où le preneur d'assurance ne fournirait pas les informations requises et nécessaires ou ne s'exécuterait pas à temps, puisque la sanction éventuelle découle, le cas échéant, de l'art. 42, al. 5, P-LCA, comme dans les cas précités. De plus, en raison de la nature semi-impérative de l'art. 42, al. 5, P-LCA, 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. 37 Interdiction de changement**

L'art. 37 P-LCA correspond à l'art 68, al. 1, LCA. Il paraît pertinent de maintenir cette disposition, désormais semi-impérative, dans la loi révisée.

Il en va différemment de l'art. 68, al. 2, LCA, qui exempte l'entreprise d'assurance de son obligation de prestation si l'ayant droit a contrevenu à l'interdiction de

changements «dans une intention frauduleuse». A titre justificatif, rappelons, comme dans les autres cas, que la sanction est prévue par la disposition relative à l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance (art. 42, al. 1, let. b, P-LCA); au besoin, l'art. 42, al. 5, P-LCA est applicable aux cas de violations de moindre importance.

## **2.1.42 Section 2 Prestation de l'entreprise d'assurance**

### ***Art. 38 Somme assurée***

#### ***Al. 1***

L'entreprise doit pouvoir connaître et limiter son engagement maximal. La somme assurée constitue le plafond en question. Représentant l'indemnité maximale que doit verser l'entreprise d'assurance, elle lui sert à planifier ses capacités, mais aussi ses besoins en réassurance notamment.

#### ***Al. 2***

Les limitations (par exemple selon lesquelles la somme assurée est disponible une seule fois pour l'ensemble des sinistres d'une année) demeurent admises. L'entreprise d'assurance doit néanmoins veiller à clarifier la situation. A défaut, les parties peuvent supposer que la somme assurée est intégralement disponible pour chaque sinistre survenu.

### ***Art. 39 Échéance et demeure***

#### ***Al. 1***

En ce qui concerne l'échéance de la prétention, l'art. 39, al. 1, P-LCA se conforme largement au concept en vigueur (art. 41, al. 1, LCA). Ainsi, les prestations d'assurance sont échues quatre semaines après que l'ayant droit a suffisamment étayé sa prétention et cité ou remis à l'entreprise d'assurance les preuves auxquelles il a accès. Le nouveau libellé de l'al. 1 implique également la position, déjà soutenue dans le droit en vigueur, selon laquelle 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 selon l'art. 35 P-LCA et à l'obligation de renseigner selon l'art. 36 P-LCA. Ces deux conditions sont explicitement spécifiées dans l'art. 39, al. 1, P-LCA (étayage et citation ou remise des preuves). 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 comporte quatre semaines au terme desquelles la prestation d'assurance est échue. Ainsi, l'échéance peut intervenir avant que l'entreprise d'assurance n'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.

Le P-LCA renonce à reprendre l'art. 41, al. 2, LCA. Il se fonde évidemment lui aussi sur le principe qu'il est inadmissible de conditionner par contrat l'échéance de la prétention à la reconnaissance de celle-ci par l'entreprise d'assurance ou à la constatation par un jugement définitif. Le résultat de l'art. 41, al. 2, LCA est toutefois obtenu par l'attribution du caractère semi-impératif à l'art. 39, al. 1, P-LCA.

#### ***Al. 2***

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

peut, par exemple, être contrainte à indemniser un dommage de retard. Par contre, le P-LCA renonce à prescrire des dommages-intérêts exemplaires particuliers («dommages punitifs») en cas de demeure.

#### **Art. 40 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 la double condition que le délai de délibération prévu à l'art. 39, al. 1, P-LCA ait expiré et que les acomptes se limitent au montant incontesté. Compétente pour déterminer celui-ci, l'entreprise d'assurance doit procéder au mieux de sa conscience et de sa connaissance. En cas d'arbitraire, l'ayant droit peut faire déterminer le montant par un tribunal.

Il convient de distinguer l'art. 40, al. 1, P-LCA de la possibilité d'engager une action partielle. L'action partielle n'est pas concernée par la présente disposition; elle est admise lorsque des prétentions existent et sont exigibles partiellement. Le traitement et le règlement des actions partielles relèvent du droit procédural.

Pour finir, les acomptes ne doivent pas non plus être confondus avec les versements provisionnels. Il y a paiement 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'art. 40, al. 1, P-LCA s'applique par analogie aux cas où plusieurs personnes font valoir une prétention à une prestation ou qu'il est incertain s'il existe encore d'autres ayants droit. Le cas échéant, les acomptes peuvent être exigés dans la mesure où il est établi ou que l'entreprise d'assurance ne conteste pas que plusieurs personnes ont chacune un droit incontesté à une prestation à concurrence d'un montant déterminé.

#### **Art. 41 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. 34 P-LCA). A l'instar du droit en vigueur (art. 70, al. 1, LCA), il en va pareillement des cas où les mesures sont restées infructueuses, pour autant toutefois que le preneur d'assurance ou l'ayant droit ait pu les juger opportunes. L'entreprise ne doit néanmoins pas 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 (par ex. incendie dans un tunnel, explosion d'une usine).

##### **Al. 2**

L'entreprise d'assurance est également tenue de prendre à sa charge les frais d'évaluation du dommage. Son obligation se limite, ici aussi, à la somme assurée.

##### **Al. 3**

Si l'entreprise d'assurance a provoqué des frais en vue de prévenir, de diminuer, d'évaluer et de constater le dommage, elle doit aussi les prendre à sa charge lorsque le total de ces frais et des autres prestations dépasse la somme assurée. Il s'agit de l'un des cas prévus par la loi où l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance

n'est pas plafonnée par la somme assurée (cf. règle générale spécifiée à l'art. 38, al. 1, P-LCA). Un dépassement similaire de la somme assurée est certes inscrit à l'art. 70, al. 1, LCA en ce qui concerne la prise en charge des frais de sauvetage, mais cet article est de nature dispositive uniquement (contrairement à l'art. 41, al. 1 à 3, P-LCA).

#### **Al. 4**

L'entreprise d'assurance peut réduire proportionnellement les frais à supporter si elle est en droit de réduire sa prestation. Constituent des motifs de réduction la prescription générale concernant l'exclusion et la réduction (cf. art. 42 P-LCA), ainsi que les motifs particuliers de réduction (p. ex. la sous-assurance en assurance de choses, art. 89 P-LCA, qui correspond à l'art. 70, al. 2, LCA). Cet alinéa reprend la teneur de la loi actuelle.

### ***Art. 42 Libération de l'obligation de prestation et réduction de la prestation***

#### **Al. 1 - 3**

L'art. 42 P-LCA reprend en grande partie la teneur de l'art. 14 LCA en vigueur, mais le projet diffère dans les détails.

L'art. 42, al. 1, P-LCA, énumère les cas auxquels la couverture d'assurance ne s'applique pas et qui libèrent donc l'entreprise d'assurance de l'obligation de prestation. Cette prescription s'appuie sur l'art. 14, al. 1, LCA, et reflète aussi l'art. 40 LCA (prétention frauduleuse). Les deux cas réglés à l'al. 1 impliquent une faute qualifiée de la part du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. La faute présente un élément subjectif et un élément objectif. Du point de vue subjectif, l'al. 1 se fonde sur la capacité de jugement de la personne dont le comportement est dénoncé dans la disposition. Concernant l'élément objectif de la faute, le droit en vigueur suppose une provocation intentionnelle du sinistre. L'intention peut être considérée comme la forme la plus grave de la préméditation; le but du comportement réside dans la provocation (illicite) du sinistre. L'art. 42, al. 1, let. b, P-LCA pénalise la justification frauduleuse des prétentions d'assurance, à l'instar de l'art. 40 LCA en vigueur. La tromperie porte tant sur la justification que sur l'étendue de la prestation d'assurance à laquelle il est prétendu.

La réglementation de l'art. 42, al. 1, P-LCA 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 au sens de l'art. 54 P-LCA demeure réservée.

L'art. 42, al. 2, P-LCA, correspond à l'art. 14, al. 2, de la LCA en vigueur. Si le preneur d'assurance a causé le sinistre par suite d'une négligence grave, l'entreprise d'assurance peut réduire sa prestation dans la mesure correspondant au degré de la faute.

L'al. 3 de l'art. 42, al. 4, P-LCA, correspond à l'art. 14, al. 4, de la LCA en vigueur. En cas de négligence mineure, la prestation d'assurance ne subit pas de réduction.

L'art. 15 LCA n'est pas repris dans le projet de loi (pas de réduction de la prestation d'assurance en cas d'acte de dévouement). Cette disposition n'est pas nécessaire puisqu'il n'y a pas faute en pareil cas.

#### **Al. 4**

L'art. 42, al. 4, P-LCA, reprend partiellement la prescription de l'actuel art. 14, al. 3, LCA. Il règle le cas où le sinistre assuré est causé par une personne dont le preneur d'assurance ou l'ayant droit répond des actes. En cas d'actes commis par un tiers, trois rattachements sont possibles dans le cadre du droit d'exclusion ou de

réduction : la réduction peut être induite par la faute d'un tiers ou du preneur d'assurance ou de l'ayant droit ; un rattachement cumulatif est aussi envisageable dans la mesure où la réduction est induite par la faute d'un tiers et du preneur d'assurance.

Le P-LCA considère la faute du preneur d'assurance ou de l'ayant droit comme un critère décisif. Si la faute du preneur d'assurance ou de l'ayant droit relève d'une négligence grave, l'entreprise d'assurance peut réduire sa prestation envers le fautif dans la mesure correspondant au degré de la faute en vertu de l'art. 42, al. 2, P-LCA. 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. Si par contre, 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 déduire des prestations d'assurance-casco réduites. Si le preneur d'assurance ou l'ayant droit se rend coupable d'un comportement intentionnel (par ex. lors de la surveillance d'une tierce personne), il peut même en résulter une exclusion de la prestation. Dorénavant, la faute de la personne tierce n'est donc plus engagée.

#### **Al. 5**

La violation d'incombances entraîne un préjudice juridique à charge de l'ayant droit ou du preneur d'assurance, toutefois sans obligation de prestation. Dans le présent contexte, la violation d'une incombance entraîne l'exclusion ou la réduction de l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance dans la mesure correspondant au degré de la faute du preneur d'assurance ou de l'ayant droit. Si par exemple, le preneur d'assurance ne veille pas à la diminution du dommage inscrite à l'art. 34 P-LCA, l'entreprise d'assurance a le droit de réduire ses prestations même si les autres conditions sont remplies. L'entreprise d'assurance produit la preuve du degré de la faute du preneur d'assurance, tandis que ce dernier produit la preuve contraire de l'absence de faute.

Une réduction ne peut survenir que lorsque la causalité a été établie. Pour ces deux conditions, la charge de la preuve incombe au preneur d'assurance. Ce dernier ou l'ayant droit doit donc prouver que l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance aurait aussi existé si l'incombance avait été respectée ou s'il n'avait pas été responsable de sa violation. Les conditions peuvent être remplies de manière partielle, mais la preuve d'un seul des faits suffit à exclure une réduction. La réglementation proposée sous l'al. 5 porte tant sur les incombances juridiques que contractuelles; l'importance de la différence est ainsi relativisée.

L'atteinte aux droits de recours de l'entreprise d'assurance par l'ayant droit au sens de l'art. 72, al. 2, LCA, est réglée à l'art. 42, al. 5, P-LCA.

#### **Art. 43 Lieu de l'exécution**

En vertu de la loi spéciale par rapport à la disposition générale de l'art. 74 CO, les entreprises d'assurance sont tenues de remplir au domicile suisse de l'assuré ou du preneur d'assurance les obligations que leur assignent les contrats. Si le domicile de l'assuré ou du preneur d'assurance 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 revêt un caractère impératif. L'art. 43 porte sur toutes les obligations de l'entreprise d'assurance induites par le contrat d'assurance. Outre la prestation de la somme d'assurance sont comprises d'autres prétentions en lien fonctionnel avec le contrat d'assurance. Mentionnons par exemple le remboursement de la prime en cas de fractionnement de la prime.

#### ***Art. 44 Droit de gage sur la chose assurée***

Cette disposition reprend l'art. 57 LCA en vigueur. 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**

### **2.1.51 Section 1 Augmentation et diminution du risque**

#### ***Art. 45 Modification du risque***

La section sur l'augmentation et la diminution du risque est introduite par une disposition générale qui définit quand survient une modification du risque au sens de la loi. L'art. 45 P-LCA met en lien la modification du risque avec la réticence. Il est fait référence aux dispositions concernant l'obligation de déclaration du preneur d'assurance quant aux faits importants pour l'appréciation du risque et au moment déterminant de la modification. Un risque est modifié lorsque des faits importants pour l'appréciation du risque sont modifiés de manière non temporaire au sens de l'art. 15, al. 3, P-LCA. La référence aux faits importants pour l'appréciation du risque signifie aussi qu'une éventuelle modification doit se référer aux faits ayant fait l'objet d'une demande de renseignements par l'entreprise d'assurance. Le lien avec les faits importants pour l'appréciation du risque de l'art. 15, al. 3, P-LCA, implique pour le preneur d'assurance qu'il doit être conscient des risques par rapport aux renseignements en forme écrite qu'il a fournis à l'entreprise d'assurance. La modification du risque doit être importante tant sur le plan matériel que formel, comme dans le droit en vigueur. La modification doit entraîner un nouvel état de risque, bien que le P-LCA renonce à décrire précisément la nature et l'étendue du risque. Pour définir la date déterminante de modification du risque, il faut, en référence à l'art. 17 P-LCA, établir si le preneur d'assurance a rempli son obligation de déclaration auparavant. Si une modification des faits importants pour l'appréciation du risque intervient après leur première annonce à l'entreprise d'assurance dans le cadre de la conclusion du contrat, une modification du risque est avérée au sens de l'art. 45 P-LCA. En fixant au moment de la déclaration du risque la date déterminante pour l'obligation précontractuelle de déclarer l'augmentation du risque, les obligations d'annonce ultérieures reconnues par la législation actuelle mais d'ordinaire ignorées par l'assuré, et donc injustifiées, sont évitées (cf. aussi art. 17 P-LCA).

#### ***Art. 46 Augmentation du risque***

##### ***Al. 1***

Le preneur d'assurance doit annoncer toute augmentation du risque en la forme écrite à l'entreprise d'assurance. La preuve que l'annonce a effectivement eu lieu dans les meilleurs délais lui incombe. Si des tiers sont assurés par un contrat, il est suffisant que l'annonce soit faite par le tiers assuré. Toutefois, le preneur d'assurance reste responsable de l'annonce.

#### **Al. 2 - 4**

Ces dispositions règlent les conséquences d'une augmentation du risque et les droits en découlant. Dans ce contexte, le P-LCA 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 faite par le droit en vigueur en matière de conséquences juridiques. Depuis longtemps déjà, la pratique diverge donc régulièrement de la loi. Par ailleurs, les dispositions des conditions générales d'assurance traitent fréquemment de manière égale l'augmentation du risque par ou sans fait du preneur d'assurance. La différence réside donc davantage dans l'annonce que dans la cause de l'augmentation du risque (cf. al. 6).

Si une augmentation du risque est avérée, l'entreprise d'assurance doit 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 pour sa part en droit de résilier le contrat. Il doit alors produire une résiliation par écrit dans un délai de quatre semaines suivant la date de réception de la déclaration d'augmentation. La résiliation prend effet après un délai supplémentaire de quatre semaines. Si le contrat est résilié – par l'entreprise d'assurance ou le preneur d'assurance – l'entreprise d'assurance a le droit d'augmenter la prime dans une juste proportion jusqu'à l'extinction du contrat dès la date de l'augmentation du risque. Dans tous les cas, une adaptation de prime est due puisque l'entreprise d'assurance couvre dès lors un risque plus élevé. L'entreprise d'assurance doit pouvoir justifier l'ampleur de l'augmentation de prime; elle ne peut toutefois pas être empêchée de se baser sur ses tarifs. Les tribunaux tranchent en cas de litige.

#### **Al. 6**

Comme pour la disposition d'exclusion et de réduction de la prestation de l'entreprise d'assurance au sens de l'art. 42 P-LCA, cette dernière peut réduire ou refuser sa prestation dans la mesure où une augmentation du risque n'a pas été déclarée et que la faute en incombe au preneur d'assurance. Une négligence légère entraîne déjà la faute du preneur d'assurance, mais elle influe sur l'étendue de la réduction de la prestation. Un refus de prestation se justifie lorsque l'augmentation du risque n'a pas été déclarée intentionnellement. 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. Si l'augmentation du risque n'a pas de conséquences sur une éventuelle prestation de l'entreprise d'assurance, il ne peut en résulter aucun préjudice pour le preneur d'assurance, même en cas d'absence fautive de déclaration de l'augmentation du risque.

#### **Art. 47 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 au cas où l'entreprise d'assurance refuse de réduire la prime ou si le preneur d'assurance 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.

Il n'est pas nécessaire d'accorder aussi un droit de résiliation à l'entreprise d'assurance, contrairement au cas de l'augmentation du risque. En effet, si le preneur d'assurance accepte la réduction de prime proposée, le contrat continue aussi dans l'intérêt de l'entreprise d'assurance. Le contrat est dissous lorsque le preneur d'assurance n'est pas d'accord avec la nouvelle prime proposée et qu'il résilie le contrat de lui-même.

#### ***Art. 48 Contrat collectif***

L'art. 48 P-LCA reprend en grande partie la teneur de l'art. 31 LCA. Le texte de loi proposé exprime cependant mieux le droit du preneur d'assurance que l'art. 31 LCA. Comme l'ancien droit, le nouveau droit accorde au preneur d'assurance une possibilité de choix au cas où l'entreprise d'assurance résilie un contrat collectif suite à une augmentation du risque (art. 46, al. 2, P-LCA). En vertu de l'art. 48 P-LCA, le preneur d'assurance pourra aussi exiger à l'avenir que le contrat soit continué 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, dont il peut par ailleurs résulter une prime moyenne différente ou plus élevée selon les circonstances. Pour cette raison, le preneur d'assurance qui exige que le contrat soit continué pour les parties du contrat non concernées par l'augmentation du risque doit être tenu par le nouveau droit de s'acquitter de la prime tarifaire pour le contrat en question.

### **2.1.52 Section 2 Adaptations unilatérales du contrat**

#### ***Art. 49 Clause d'adaptation des primes***

##### ***Al. 1***

L'objet des clauses d'adaptation réglées à l'art. 49 P-LCA porte sur les augmentations de prime.

Pour être valables, les clauses d'adaptation des primes doivent remplir deux conditions: une clause prévoyant la possibilité d'adapter les primes doit être convenue explicitement dans le contrat ou les conditions générales d'assurance, et une adaptation valable des primes suppose que les circonstances déterminantes pour le calcul de la prime se modifient après la conclusion du contrat. Désormais, une modification objective des circonstances justifie l'augmentation prévue. 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. Demeure également réservée la contestation du contrat sur la base des dispositions générales du CO concernant le vice du consentement.

##### ***Al. 2 et 3***

Si l'entreprise d'assurance fait usage d'une clause d'adaptation convenue, elle doit le communiquer au preneur d'assurance en la forme écrite. La communication indique en outre les motifs de l'augmentation et fait état du droit de résiliation du preneur d'assurance visé à l'art. 49, al. 3, P-LCA. L'augmentation entre en vigueur à la date communiquée au preneur d'assurance par l'entreprise d'assurance, qui peut être fixée au plus tôt dans un délai de quatre semaines après la date de réception de la communication. Pour sa part, le preneur d'assurance est en droit de résilier le contrat pour la date à partir de laquelle l'augmentation de prime doit entrer en vigueur, autrement dit au plus tôt quatre semaines après réception de la communication de l'augmentation de prime. 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 résilier de manière extraordinaire la partie restante du contrat.

***Art. 50 Modification des conditions générales d'assurance***

L'art. 50, al. 1, P-LCA reprend la réglementation de l'art. 35 LCA. Contrairement au droit en vigueur, l'art. 50 P-LCA revêt un caractère semi-impératif. 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. Par contre, le nouvel al. 3 de l'art. 50 P-LCA octroie à l'entreprise d'assurance le droit de refuser de continuer le contrat aux nouvelles conditions. Cependant, un tel refus n'est possible que si la modification du contrat entraîne une augmentation du risque assuré. Par exemple, une entreprise d'assurance reformule ses conditions générales d'assurance pour élargir le cercle des risques assurés par l'assurance-maladie complémentaire. L'art. 50 P-LCA ne s'applique qu'aux nouvelles conditions générales d'assurance offertes pour un risque identique. Il ne concerne pas les modifications des conditions générales d'assurance dans le cadre des contrats courants.

L'art. 50, al. 3, P-LCA ne s'applique pas au droit du preneur d'assurance fixé à l'art. 116 P-LCA lui permettant de conclure un contrat aussi équivalent que possible dans un portefeuille ouvert, car l'art. 116 P-LCA octroie le droit de conclure un nouveau contrat tandis que l'art. 50 P-LCA suppose la poursuite d'un contrat existant.

## 2.1.6 Chapitre 6: Fin du contrat

### 2.1.61 Section 1: Extinction légale du contrat

#### **Art. 51 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. Demeurent réservées les prétentions découlant d'événements assurés qui sont déjà survenus au sens de l'art. 51, al. 2, P-LCA. 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. 58 P-LCA. Cette disposition est toutefois utile pour des raisons de mise au point, notamment en ce qui concerne les sinistres pas encore survenus pour des cas d'assurance existants.

#### **Art. 52 Changement de propriétaire**

L'art. 52 P-LCA reprend un projet de loi concernant l'art. 54 LCA adopté le 23 juin 2008 par la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (CER-CN).

L'actuel art. 54 LCA peut donner lieu à des défauts de couverture indésirables si les héritiers d'un immeuble omettent de conclure de suite les nouvelles assurances non obligatoires requises après le décès du propriétaire. Le 6 octobre 2006, le conseiller national Rolf Hegetschweiler a déposé une initiative parlementaire visant à remédier à cette situation. Les deux commissions de l'économie et des redevances ont traité cette initiative selon la procédure parlementaire et lui ont donné suite. Compte tenu des travaux de révision totale de la LCA en cours, ce projet de loi a été anticipé pour des raisons de délai.

Dans certains cas, la réglementation en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006 peut entraîner des lacunes manifestes dans la couverture d'assurance si le nouveau propriétaire omet de conclure une assurance pour l'objet dont il a fait l'acquisition. De telles lacunes de couverture peuvent avoir de graves conséquences en cas d'héritage principalement, lorsque les successeurs ne concluent pas les assurances non obligatoires requises immédiatement après le décès.

Bien que la nécessité de légiférer soit flagrante en cas d'héritage, la réglementation en vigueur pose un problème général en cas de changement de propriétaire. En effet, le risque de ne pas conclure une nouvelle assurance en temps utile est patent lors de chaque changement de propriétaire. Ces lacunes de la couverture d'assurance ne concernent pas seulement les biens immobiliers comme il ressort du texte de l'initiative, mais aussi les biens meubles. Par exemple, des lacunes de couverture d'une collection d'art peuvent avoir de graves conséquences pour le nouveau propriétaire.

La CER-CN s'était prononcée en faveur d'une réglementation qui transfère en principe les droits et obligations qui découlent du contrat d'assurance au nouveau

propriétaire. Pour les raisons susmentionnées, cette réglementation doit s'appliquer à tous les changements de propriétaire (biens fonciers et biens meubles). La solution doit être applicable sans exception. Elle permet de renoncer aux renvois particuliers en vigueur à la législation sur la circulation routière ainsi qu'à la disposition de l'art. 54, al. 2, LCA, en matière d'assurance contre les incendies.

## **2.1.62 Section 2: Résiliation du contrat**

### ***Art. 53 Résiliation ordinaire***

#### ***Al. 1***

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. Un droit de résiliation ordinaire (pour les deux parties) garantit une possibilité de résiliation après trois années de contrat 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 d'acquisition – sur une base annuelle.

#### ***Al. 2***

En vertu de l'art. 53, al. 2, P-LCA, les parties peuvent convenir que le contrat peut être résilié 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 pied d'égalité.

#### ***Al. 3***

Des dispositions particulières s'appliquent à la fin du contrat pour l'assurance-vie au sens de l'art. 110 P-LCA. L'assurance-vie est donc exclue du champ d'application de l'art. 53 P-LCA. Un délai de résiliation réduit s'applique en pareil cas.

### ***Art. 54 Résiliation extraordinaire***

#### ***Al. 1***

L'art. 54 P-LCA prescrit qu'un contrat d'assurance peut 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. Si un contrat d'assurance-vie fait l'objet d'une résiliation extraordinaire de la part de l'entreprise d'assurance ou du preneur d'assurance et s'il possède à ce moment une valeur de rachat, le preneur d'assurance peut en exiger le paiement (art. 112 P-LCA).

#### ***Al. 2***

A titre de clause générale et selon l'art. 54, al. 2, P-LCA, constitue notamment un juste motif 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. 53 P-LCA.

Sont considérés comme motifs particuliers de résiliation extraordinaire et font l'objet d'une norme individuelle dans le projet de loi la résiliation après sinistre partiel (art. 55 P-LCA) ainsi que la résiliation en cas de retrait de l'agrément de l'entreprise d'assurance (art. 56 P-LCA).

Un droit de résiliation spécifique s'applique aux cas de transfert du portefeuille d'assurance en vertu de la législation sur la surveillance des entreprises d'assurance (cf. art. 62 LSA). Il est notoire que lors du transfert d'un portefeuille suisse d'assurance à une autre entreprise d'assurance, l'approbation de l'autorité de surveillance est requise. Cette dernière n'approuve le transfert que si les intérêts des assurés sont sauvegardés dans leur ensemble. Conformément à l'art. 62, al. 3, LSA, l'entreprise d'assurance reprenante est tenue d'informer individuellement du transfert et de leur droit de résiliation les preneurs des contrats d'assurance qu'elle reprend, dans un délai de 30 jours à partir de la notification de l'approbation. En conséquence, le preneur d'assurance a le droit de résilier le contrat d'assurance dans un délai de trois mois à partir de l'information individuelle. L'art. 62, al. 4, LSA précise que l'autorité de surveillance peut exclure le droit de résiliation «lorsque, d'un point de vue économique, le transfert de portefeuille ne comporte pas de changement du partenaire contractuel pour le preneur d'assurance». Cette dernière disposition porte notamment sur les transferts de portefeuilles d'assurance au sein d'un même groupe. Comme le droit de résiliation en la matière est inscrit explicitement dans la législation sur la surveillance des entreprises d'assurance, il n'est pas nécessaire que le projet de nouvelle LCA le mentionne.

### **Art. 55 Résiliation en cas de sinistre**

#### **Al. 1**

La possibilité, accordée de manière extraordinaire, de résilier un contrat en cas de survenance du sinistre ne s'impose pas d'office. Puisqu'un droit de résiliation ordinaire doit désormais être accordé *de lege ferenda* (art. 53 P-LCA), il se pose du point de vue de l'entreprise d'assurance et du preneur d'assurance la question de l'opportunité d'un droit de résiliation particulier en cas de dommage partiel. Il peut notamment être difficile pour un preneur d'assurance, en cas de sinistre, de conclure un nouveau contrat en cas de résiliation par l'entreprise d'assurance. Par ailleurs, le preneur d'assurance peut souhaiter ou considérer comme nécessaire la possibilité de changer d'entreprise d'assurance s'il est d'avis qu'un sinistre n'a pas été réglé de manière satisfaisante. L'examen des intérêts en jeu permet toutefois de faire jouer la concurrence aussi en cas de survenance du sinistre et de prévoir ainsi un droit particulier de résiliation. Ce droit décharge la résiliation extraordinaire visée à l'art. 54 du projet de loi, puisqu'il évite de devoir décider pour chaque dommage partiel si le contrat peut encore continuer pour l'une ou l'autre des parties. Sur ce point, l'art. 55 P-LCA offre une sécurité juridique.

#### **Al. 2 et 3**

En cas de dommage partiel, le droit de résiliation s'éteint deux semaines après la date de paiement de l'indemnité. Le preneur d'assurance doit notamment avoir la possibilité de faire continuer le contrat jusqu'au dernier sinistre. Si le contrat est résilié, le rapport contractuel prend fin deux semaines à compter de la date de

réception de la résiliation. L'entreprise d'assurance reste liée jusqu'à cette date, et la prime due doit être réglée.

#### **Art. 56 Résiliation en cas de retrait de l'agrément**

Comme jusqu'à présent (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 droit de résiliation est prévu pour exprimer explicitement qu'il est impossible pour le preneur d'assurance de continuer le contrat, et il ne doit pas être discuté au cas par cas de la pertinence d'une poursuite du contrat. Cette disposition s'intègre parfaitement dans la prescription de l'art. 61, al. 3, LSA, qui stipule qu'après le retrait de l'agrément, une entreprise d'assurance ne peut pas conclure de nouveaux contrats d'assurance. La même prescription de la loi sur la surveillance des entreprises d'assurance précise encore que les contrats d'assurance en cours ne peuvent pas être prolongés, ni les couvertures étendues.

L'autorité de surveillance établit dans le détail comment une entreprise d'assurance peut poursuivre son activité après le retrait de l'agrément (*run off*). Si le preneur d'assurance ne résilie pas son contrat, il incombe au droit en matière de mesures de surveillance de rendre possible la poursuite du contrat. Le contrat ne s'éteint donc pas d'office, mais il existe un droit de résiliation pour le preneur d'assurance en vertu de l'art. 56 du projet de loi. Si le preneur d'assurance résilie un contrat d'assurance-vie qui possède une valeur d'achat à ce moment-là, l'art. 112 P-LCA s'applique.

### **2.1.63 Section 3: Conséquences de la fin du contrat**

#### **Art. 57 Prolongation de couverture**

Il peut arriver que le sinistre se produise pendant la durée du contrat d'assurance, mais que la prestation de l'entreprise d'assurance ne soit due qu'après échéance du contrat. La prolongation de couverture s'applique surtout aux assurances-accidents et maladie, comme par exemple l'assurance en cas de décès accidentel pour laquelle il existe une prolongation de couverture pendant cinq ans en vertu de l'art. 57 P-LCA si le sinistre s'est produit pendant la durée du contrat, mais que le décès suite à l'accident ne survient qu'après échéance du contrat. Dans l'assurance-maladie, un sinistre est considéré comme un dommage pécuniaire (soins, perte de gain) entraîné par le traitement d'une maladie pendant la durée contractuelle. La couverture d'assurance ne s'étend alors qu'aux traitements effectués pendant la période d'assurance; les autres soins relèvent de la période contractuelle suivante. D'autres situations sont aussi envisageables. Si des prétentions en responsabilité civile sont par exemple assurées pour des dommages survenus pendant la durée contractuelle et que le contrat s'éteint – peu importe les raisons – entre la survenance du sinistre et la réclamation des prétentions par le lésé, l'entreprise d'assurance doit couvrir le dommage malgré tout.

L'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance n'est due que lorsque toutes les conditions juridiques et contractuelles sont remplies, la survenance du sinistre faisant partie de ces conditions.

#### **Art. 58 Cas d'assurance en suspens**

##### **Al. 1**

Comme pour la prolongation de couverture (cf. art. 57 P-LCA), une prescription explicite concernant les suites des cas d'assurance en suspens est inscrite dans le projet de loi. En vertu de celle-ci, 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. De telles conditions sont nulles, d'autant plus qu'elles désavantagent le preneur d'assurance en dérogeant à la couverture d'assurance prévue. L'entreprise d'assurance fournit les prestations auxquelles elle s'est engagée par contrat, indépendamment du fait que le contrat d'assurance soit résilié de manière anticipée (comme en cas de dommage partiel).

#### **Al. 2**

La disposition sur les suites des cas d'assurance en suspens ne s'applique pas à l'assurance-maladie des soins individuelle au sens de la LCA. Elle englobe toutes les assurances complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire en vertu de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10), à l'exception de l'assurance collective d'indemnité journalière.

De par sa définition de l'événement assuré, l'assurance-maladie actuelle se distingue par un traitement des sinistres très court. Une couverture des cas d'assurance en suspens prolongerait le traitement des sinistres, ce qui compliquerait le calcul des provisions pour sinistres à régler. Pour cette raison, le système de financement de l'assurance-maladie des soins individuelle au sens de la LCA est calqué sur celui de l'assurance-maladie sociale, qui calcule chaque année les provisions pour sinistres à régler en se basant sur l'estimation des sinistres escomptés. Une couverture des cas d'assurance en suspens nécessiterait une augmentation sensible des provisions, avec à la clé des problèmes de solvabilité. Les preneurs d'assurance ne pourraient supporter les augmentations de prime nécessaires pour éviter de tels problèmes, notamment pour les assurances complémentaires d'hospitalisation.

### **2.1.7 Chapitre 7: Exécution forcée**

#### **Art. 59 Faillite de l'entreprise d'assurance**

Tout comme le droit en vigueur (art. 37, al. 1, LCA), le nouveau droit propose que le contrat prenne fin en cas de faillite d'une entreprise d'assurance. Il serait possible d'accorder simplement un droit de résiliation aux preneurs d'assurance comme pour le retrait de l'agrément, mais ce droit serait associé à de nombreux inpondérables. En effet, si après l'ouverture de la faillite, certains ou la plupart des contrats d'assurance n'étaient pas résiliés mais continués, il faudrait déterminer qui couvre les sinistres à compter de cette date. La fortune liée pourrait être réclamée. L'octroi individuel de droits de résiliation masquerait la vue d'ensemble sur le portefeuille d'assurance. Il apparaît donc plus judicieux de faire une distinction en cas de faillite et de fixer la fin de tous les contrats d'assurance à la même date. En ce qui concerne d'éventuelles mesures d'assainissement, il convient aussi de souligner qu'avant l'ouverture d'une faillite, l'autorité de surveillance aura épuisé les possibilités de sauvetage de l'entreprise d'assurance concernée par des mesures particulières. Si les efforts d'assainissement n'aboutissent pas, il ne reste plus que la faillite puis la liquidation de l'entreprise. Il est cependant proposé de prévoir un délai transitoire de huit semaines après publication de la décision d'ouverture de faillite avant l'extinction des contrats, car il peut arriver que le preneur d'assurance ne trouve pas de suite une entreprise d'assurance pour conclure un nouveau contrat. Comme il est judicieux de renoncer à confier ce devoir d'information à l'entreprise d'assurance en faillite, il est prévu que l'autorité de surveillance veille à ce que le preneur d'assurance soit informé de manière appropriée.

Les dispositions inscrites à l'art. 37, al. 2 à 4, LCA en vigueur ne sont pas reprises dans le nouveau droit. Ce dernier prévoit en effet des réglementations particulières en ce qui concerne l'assurance-vie (cf. art. 110 ss P-LCA sur la fin anticipée et la

transformation d'un contrat d'assurance-vie). Par conséquent, l'art. 36, al. 2, LCA, auquel renvoie l'art. 37, al. 2, LCA, devient obsolète puisqu'une réglementation générale s'applique désormais en ce qui concerne le principe de la divisibilité des primes (cf. art. 32 P-LCA). En fin de compte, l'art. 37, al. 4, LCA peut être supprimé. La commission d'experts est toutefois d'avis que cette suppression ne doit entraîner aucune modification de la situation juridique: les prétentions en dommages-intérêts demeurent réservées. Par contre, ces dernières s'appuient sur l'art. 41 ou l'art. 97 CO, les bases légales ne doivent donc pas être fournies par la LCA. Des prétentions en dommages-intérêts envers une entreprise d'assurance en cas de faillite ne sont par ailleurs pas privilégiées.

### ***Art. 60 Faillite du preneur d'assurance***

#### ***Al. 1***

Par rapport à la législation précédente, la révision partielle de la LCA (du 17 décembre 2004) prévoit à l'art. 55, al. 1, LCA, qu'en cas de faillite du preneur d'assurance, le contrat prend fin à la date d'ouverture de la faillite. L'ancienne teneur de l'art. 55, al. 1, 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 (art. 54)». 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, qui est devenue légale, peut entraîner de sérieux problèmes, notamment lorsque des tiers sont impliqués dans le cadre de l'assurance responsabilité civile. Il est donc proposé de revenir à l'ancien système qui prévoit que le contrat demeure en vigueur et que l'administration de la faillite est tenue de l'exécuter. Toutefois, les dispositions du projet de loi 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. Une éventuelle extinction ne doit cependant pas survenir d'office.

Dans son rapport, le groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire en lien avec la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite (LP) (législation sur l'assainissement) prévoit une réglementation de la résiliation des rapports d'obligation différente de celle du droit en vigueur. Selon le rapport, des dispositions juridiques particulières sont possibles.

#### ***Al. 2***

Comme le droit actuel, le P-LCA prévoit que la faillite du preneur d'assurance ne concerne pas les objets insaisissables – les prétentions et les prestations découlant de l'assurance de tels objets ne tombent pas dans la masse en faillite. Pour cette disposition, une formulation légèrement plus souple a été prévue par rapport au droit en vigueur (art. 55, al. 2, LCA).

### ***Art. 61 Saisie et séquestre***

Cette disposition est pratiquement identique à la réglementation de l'art. 56 de la LCA en vigueur. La commission ne voyait pas la nécessité de déroger à cette prescription. Dans le projet de loi, la disposition revêt désormais un caractère impératif.

### ***Art. 62 Extinction de la désignation de bénéficiaire***

Cette disposition se réfère à l'art. 79 de la LCA en vigueur, mais elle ne relève plus de l'assurance de 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; RS 281.51). Bien que cette ordonnance porte essentiellement sur l'assurance de personnes, elle contient des dispositions régissant l'assurance dommages. Cette ordonnance a été édictée par le Tribunal fédéral en application de l'art. 15 LP; il est supposé qu'elle restera en vigueur et qu'elle sera adaptée en cas d'adoption d'une nouvelle LCA.

***Art. 63 Exclusion de l'exécution forcée de la prétention d'assurance par voie de poursuite et de faillite***

L'art. 63 P-LCA correspond à l'art. 80 de la LCA en vigueur. Il figure aussi sous le chapitre général traitant de l'exécution forcée. Cette disposition vise la protection de la famille et – fait nouveau – du partenaire enregistré. La question de l'extension de la couverture aux concubins a été examinée, mais elle n'a pas été retenue. Le Parlement l'avait d'ailleurs déjà refusée précédemment. Pour le reste, la réglementation actuelle est maintenue.

***Art. 64 Droit d'intervention***

Cette disposition suit également le droit en vigueur (art. 81 LCA). Les concubins n'ont pas été mentionnés, car la notion de concubinat n'est pas clairement définie ni délimitée. En outre, il existe la possibilité de désigner comme bénéficiaire un concubin de manière irrévocable; si le preneur d'assurance renonce au droit de révoquer la désignation de bénéficiaire, la prétention d'assurance liée à la désignation de bénéficiaire n'est pas soumise à l'exécution forcée (art. 62, al. 3, P-LCA).

***Art. 65 Exécution forcée de la prétention d'assurance par voie de poursuite et de faillite***

L'art. 65 P-LCA reprend la réglementation de l'art. 86 de la LCA en vigueur, à la différence près qu'il figure désormais sous le chapitre traitant de l'exécution forcée. Le maintien de cette prescription est opportun, d'autant plus que l'art. 16 OSAss s'y réfère.

## **2.1.8 Chapitre 8: Prescription**

***Art. 66***

***Al. 1***

Dans le droit actuel, les créances se prescrivent «par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation» (art. 46, al. 1, LCA). L'art. 66 P-LCA proposé prolonge le délai de prescription à cinq ans et se réfère à l'échéance (cf. art. 30 et 39 P-LCA). Le terme de «créances découlant du contrat d'assurance» comprend tant les primes dues que les créances pour des prestations d'assurance ainsi que le droit au remboursement en cas de réticence.

***Al. 2***

Alors que le projet n'établit pas un délai de prescription relatif ou absolu, il propose une nouvelle réglementation portant sur les prestations d'assurance périodiques. Sur le modèle du code des obligations, l'ensemble de la créance se prescrit par dix ans à compter de la date d'échéance de la première prestation d'assurance périodique arriérée.

## **2.1.9 Chapitre 9: Intermédiation d'assurance**

Le projet de LCA fait la distinction entre agents d'assurance et courtiers en assurance. Les tâches ainsi que l'étendue de la représentation et responsabilité sont réglées pour les deux formes d'intermédiation. En outre, le mode de rémunération des courtiers en assurance est prescrit en tenant compte des particularités du marché. Les devoirs d'information relevant de l'intermédiation d'assurance continuent d'être réglés par la LSA.

Du point de vue du droit privé, un intermédiaire ne peut exercer son activité qu'en faveur de l'entreprise d'assurance (agent) ou du preneur d'assurance (courtier).

### **2.1.91 Section 1: Courtier en assurance**

#### ***Art. 67 Tâches***

Le courtier en assurance est dans un rapport de loyauté à l'égard du client et agit dans l'intérêt de ce dernier. L'al. 1 règle les tâches du courtier. Du point de vue matériel, cette prescription reprend les devoirs de conseil et de documentation des dispositions 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 No L 9, du 15 janvier 2003, p. 3 ss)]. 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 de la CE. La nouvelle loi n'implique donc pas de changement fondamental pour les courtiers.

#### ***Art. 68 Rémunération***

Cette disposition sur la rémunération des courtiers en assurance se réfère à l'ATF 132 III 460 sur les rétrocessions. Dans cet arrêté, le Tribunal fédéral a statué que les rétrocessions sont soumises à l'obligation de restitution et que le preneur d'assurance ne peut y renoncer qu'à certaines conditions.

#### ***Al. 1***

Le projet de loi règle de manière impérative le principe selon lequel le preneur d'assurance rémunère le courtier pour son activité d'intermédiation au sens de l'art. 67 P-LCA.

#### ***Al. 2***

Outre la rémunération par le preneur d'assurance, le courtier peut désormais recevoir des provisions de la part de l'entreprise d'assurance. Il existe toutefois une obligation de rétrocession des prestations que le courtier a reçues de l'entreprise d'assurance et qui sont liées directement ou indirectement au contrat négocié. Les provisions, superprovisions et autres avantages en argent sont considérés comme des prestations. L'obligation de rétrocession découle de l'attribution de la prestation par l'entreprise d'assurance. Un décompte précis des montants n'est pas exigé. En effet, un tel décompte ne serait pas réalisable pour les superprovisions et autres avantages en argent. Il s'agit plutôt d'assurer une attribution correcte des prestations reçues aux contrats négociés auxquelles elles sont liées directement ou indirectement, sur la base de calculs établis. Cette disposition revêt un caractère impératif.

Le courtier est tenu par le droit régissant la surveillance de renseigner de manière complète et véridique le preneur d'assurance sur la nature, le montant et le calcul des prestations (art. 45, al. 1<sup>er</sup>, P-LSA).

### **Al. 3**

Le preneur d'assurance ne peut renoncer à l'obligation de rétrocession qu'en la forme écrite. Une renonciation n'est possible que dans la mesure où les prestations visées à l'al. 2 sont imputées à titre de paiement sur la rémunération. Les prestations supérieures au montant de la rémunération reviennent au courtier.

Lors du premier contact, le courtier doit informer le preneur d'assurance du devoir de rétrocession qui lui est assigné et des conditions auxquelles il peut y être dérogé (art. 45, al. 1<sup>bis</sup>, P-LSA).

### **Art. 69 Etendue de la représentation et responsabilité**

L'art. 69 P-LCA règle de manière semi-impérative les questions de représentation et responsabilité.

### **Al. 1 et 2**

Compte tenu de la diversité, dans la pratique, des formes de collaboration avec les preneurs d'assurance, le projet ne propose pas une procuration spécifique pour les courtiers. Ces dispositions reprennent donc les principes du droit général en matière de représentation régi par le CO.

### **Alinéa 3**

La disposition concernant la responsabilité à l'al. 3 du P-LCA reprend également les règles du CO.

## **2.1.92 Section 2: Agent d'assurance**

### **Art. 70 Tâches**

La directive sur l'intermédiation distingue les agents indépendants des agents dépendants et exclut ces derniers de son champ d'application. Autrement dit, le preneur d'assurance face à un agent indépendant a droit à une prestation de conseil, tandis que le preneur d'assurance face à un agent employé ne peut pas y prétendre. Cette distinction ne fait aucun sens. Le projet de loi se réfère donc à la législation allemande, qui prévoit pour l'agent de l'entreprise d'assurance une obligation de conseil équivalente à celle du courtier.

### **Art. 71 Etendue de la représentation et responsabilité**

L'art. 71 P-LCA règle de manière semi-impérative les questions de représentation et responsabilité.

### **Al. 1**

L'al. 1 prévoit une procuration particulière 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 une sécurité juridique et simplifie les relations d'affaires.

## **2.1.10 Chapitre 10: Protection des données**

Le projet de loi confirme le principe selon lequel la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1) s'applique aux entreprises d'assurance. Des dispositions particulières s'appliquent désormais aux contrats collectifs et, comme jusqu'à présent, dans le cadre de la 5<sup>e</sup> révision de l'Al.

### **2.1.101 Section 1: Contrats collectifs**

Contraints par les conventions collectives de travail ou de leur propre initiative, de nombreux employeurs couvrent leur obligation de verser le salaire et la perte de salaire des employés au terme de l'obligation de verser le salaire par des assurances collectives d'indemnité journalière. 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 lorsqu'une assurance conclue pour le financement de l'obligation de verser le salaire ne lui versera aucune prestation, puisque cette obligation lui incombe dès lors personnellement. Un tel cas de figure peut avoir de lourdes conséquences pour les petites entreprises notamment. D'autre part, un employé peut avoir tout intérêt à ne pas divulguer ses problèmes de santé.

Le Conseil fédéral se rallie à la procédure proposée par la commission d'experts, qui malgré sa complexité permet de satisfaire aux intérêts contraires des parties. Le preneur d'assurance peut décider de la communication d'un refus ou d'une réserve à son employeur. S'il craint de perdre sa place en cas de divulgation de son état de santé (infection au VIH p. ex.), il a la possibilité d'exiger la confidentialité. En pareil cas, l'employeur qui se fie à sa couverture d'assurance doit aussi être protégé. Cette protection est assurée par la limitation de son obligation de verser le salaire au minimum prévu par le CO, indépendamment d'autres réglementations régissant des contrats ou des conventions collectives de travail.

En remplacement de cette réglementation, on pourrait envisager de rendre l'assurance-maladie collective d'indemnités journalières obligatoire. Cette solution présenterait plusieurs avantages: premièrement, elle permettrait d'interdire les réserves (l'obligation compenserait le risque), ce qui réglerait le problème de l'information de l'employeur, et deuxièmement, il serait relativement facile d'organiser une couverture en cas de perte du salaire (p. ex. interruption de couverture en cas de retard dans le paiement des primes). La proposition de la commission d'experts ne prévoit toutefois aucune obligation, car il en résulterait une assurance sociale supplémentaire et l'obligation de couverture d'un risque que les grandes entreprises peuvent assumer sans autres et qui le souhaitent d'ailleurs souvent.

### **2.1.102 Section 2: Détection précoce et collaboration interinstitutionnelle**

#### ***Art. 74 Détection précoce***

##### ***Al. 1***

Dans le cadre de la 5<sup>e</sup> révision de l'AI, une base juridique selon laquelle les entreprises d'assurance peuvent transmettre des données à des fins de détection précoce sans l'accord de la personne assurée a été introduite dans le droit actuel (art. 39a LCA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008). Cette compétence s'applique aux entreprises d'assurance assujetties à la loi sur la surveillance des assurances et qui proposent une assurance d'indemnité journalière ou de rente en vertu de l'art. 3b, al. 2, let. f, de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI). L'échange de données est admis si aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose.

##### ***Al. 2***

En principe, en vertu de l'art. 3b, al. 1, LAI, le cas d'un assuré est communiqué par écrit à l'office AI compétent, avec mention des données de l'assuré et de la personne ou de l'institution qui fait la communication. Un certificat médical d'incapacité de travail peut être joint à la communication. Le projet de loi concrétise ce principe en sti-

puvant à l'al. 2 que seules les données nécessaires à la détection précoce peuvent être communiquées.

### **Al. 3**

Pour établir un parallèle avec l'art. 3b, al. 3, LAI, la transparence impose d'informer la personne assurée de la communication de données à l'office AI compétent.

### **Art. 75 Collaboration interinstitutionnelle**

La collaboration interinstitutionnelle a pour but de faciliter l'accès aux mesures de réadaptation appropriées de l'assurance-invalidité, de l'assurance-chômage et des cantons pour les assurés annoncés à la détection précoce ou inscrits auprès de l'office AI pour l'octroi de prestations et dont la capacité de travail est examinée. L'art. 75 du projet de loi règle à l'instar de l'art. 39b du droit actuel l'échange de données dans le cadre de la collaboration interinstitutionnelle entre offices AI, entreprises d'assurance assujetties à la LSA et institutions de prévoyance soumises à la loi sur le libre passage.

### **Al. 2**

L'échange de données n'est admis que sous réserve d'intérêts privés prépondérants et ne concerne que les données nécessaires pour déterminer les mesures de réadaptation appropriées ou pour clarifier les prétentions de la personne concernée.

### **Al. 3**

Pour des raisons de transparence, la personne concernée doit être informée de l'échange de données et de son contenu conformément à la réglementation de l'art. 68<sup>bis</sup>, al. 4, LAI.

## **2.2 Titre 2: Dispositions particulières**

Avec ses dispositions particulières, le deuxième titre du projet de loi tient compte des questions juridiques découlant des types de contrat et des besoins des parties contractuelles. A l'avenir, la distinction faite par la LCA actuelle et critiquée entre assurance dommages et assurance de personnes sera abandonnée au profit d'une distinction entre assurance dommages et assurance de sommes (sections 1 et 3 du chapitre 1). Le chapitre 2 contient des réglementations spécifiques aux branches d'assurance et régissant l'assurance de choses, responsabilité civile, protection juridique, transport, crédit et caution, vie, maladie et accident.

### **2.2.1 Chapitre 1: Dispositions communes pour toutes les branches d'assurance**

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, de personnes et sur le patrimoine, et 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 actuel en vigueur ne tient pas suffisamment compte de ce principe en distinguant dans ses dispositions spéciales l'assurance dommages de l'assurance de 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 l'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 de cumul ne s'applique plus. Il autorise aussi l'imputation des prestations aux éventuelles prétentions en dommages-intérêts et l'octroi d'un droit de recours à l'entreprise d'assurance en vertu de l'art. 72 LCA. 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 qu'une condition 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. 76 ss P-LCA). A l'inverse, le critère de la survenance du dommage n'est pas pertinent dans le cadre de l'assurance de sommes, et la prestation de l'entreprise d'assurance est cumulée avec d'autres prétentions éventuelles (art. 85 P-LCA). L'assurance de sommes est surtout courante dans les assurances-vie (assurances-risque).

La délimitation entre assurance de sommes et assurance dommages est essentielle pour la personne assurée, car en cas d'assurance dommages, il est possible d'imputer d'éventuelles prétentions en dommages-intérêts à la prestation d'assurance, tandis que, en cas d'assurance de sommes, c'est le principe de cumul qui s'applique. Toutefois, 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'elles soient toutes deux liées à la survenance d'un dommage, constituent des assurances de sommes si leurs prestations d'assurance sont calculées selon un barème. 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 loi fédérale sur l'assurance-accidents (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, au moment de la fixation des primes déjà, le cumul ou l'imputation, 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. La commission d'experts est d'avis que même une définition légale ne fournirait pas 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 P-LCA.

## 2.2.11 Section 1: Assurance dommages

### **Art. 76 Imputation et subrogation**

#### **Al. 1**

Conformément au principe selon lequel l'assurance dommages doit servir à la compensation de la diminution du patrimoine subie par l'assuré, l'al. 1, art. 76, P-LCA fixe de manière impérative que les prestations découlant d'un contrat d'assurance dommages ne peuvent pas 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. L'art. 76, al. 2, P-LCA reprend donc 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: recours en principe seulement contre les tiers responsables d'actes illicites [faute]), cette disposition permet à l'entreprise d'assurance d'entreprendre des démarches contre tous ceux qui sont tenus d'indemniser, indépendamment du fait qu'ils soient tenus au dédommagement en raison d'acte illicite, de violation de contrat ou de responsabilité causale. Un droit de recours (intégral) contre tous les tiers responsables est aussi accordé à l'entreprise d'assurance dommages privée, à l'instar de l'assureur social (art. 72, al. 1, LPG<sup>3</sup>). Il n'existe aucune raison d'exclure du recours certaines catégories de responsabilité, 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. L'art. 76, al. 2, P-LCA prime les dispositions générales des art. 50 s. CO et ne laisse en raison de son contenu impératif aucune place à des conventions au détriment du preneur d'assurance, contrairement à l'art. 72, al. 1, LCA (la cession à l'entreprise d'assurance de futures prétentions en responsabilité civile n'est par exemple plus autorisée).

L'art. 76, al. 2, P-LCA s'applique notamment à l'assurance responsabilité civile, pour laquelle le recours prévu à l'art. 72 LCA ne s'applique que par analogie puisqu'en l'occurrence, l'assuré est le responsable du dommage et le lésé est un tiers. A la place de ce subterfuge, l'art. 76, al. 2, P-LCA 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

---

<sup>3</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)

notamment pas subrogée dans les droits de l'assuré au versement du salaire vis-à-vis de l'employeur.

### ***Art. 77 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 responsable 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 qu'en plus la prestation d'assurance ne couvre pas totalement la perte effectivement subie. En voici un exemple: un dommage s'élève à CHF 100 000. La prestation d'assurance s'élève à CHF 80 000, et la prétention en dommages-intérêts à l'encontre d'un tiers à CHF 50 000 avec une quote-part de responsabilité de 50 %. Le lésé peut réclamer CHF 80 000 à l'entreprise d'assurance et doit demander CHF 20 000 au responsable au préalable. Pour sa part, l'entreprise d'assurance ne peut réclamer que CHF 30'000 bien qu'elle doit fournir des prestations à hauteur de CHF 80 000. 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». L'art. 77, al. 1, P-LCA est impératif.

#### ***Al. 2***

Le droit préférentiel visé à l'al. 1 est restreint par la réglementation impérative du droit proportionnel 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 suite d'une négligence grave au sens de l'art. 42, al. 2, P-LCA, la part de responsabilité sera répartie entre l'entreprise d'assurance et l'assuré de sorte à maintenir la réduction. Ce résultat est atteint par le transfert des droits de l'assuré à l'encontre du tiers responsable à l'entreprise d'assurance de sorte 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 CHF 100 000 et la prestation d'assurance non réduite à CHF 80 000. Suite à une réduction de 25 %, elle atteint CHF 60 000. La prétention en dommages-intérêts à l'encontre du tiers s'élève à CHF 50 000 avec une quote-part de responsabilité de 50 %. La prestation non réduite de l'entreprise d'assurance à hauteur de CHF 80 000 et la créance de CHF 50 000 à charge du responsable totalisent CHF 130 000 et dépassent ainsi de CHF 30 000 le dommage effectif. L'entreprise d'assurance peut recourir à hauteur de CHF 30 000 contre le responsable. En ce qui concerne l'assuré, il peut encore réclamer CHF 20 000 au responsable. Avec la prestation d'assurance réduite de CHF 60 000, il reçoit une indemnisation du sinistre effectif de CHF 80 000, dont il assume les CHF 20 000 restants. Cet exemple démontre que le droit proportionnel au sens de l'art. 42, al. 2, P-LCA, fonctionne et que la réduction en pourcentage touche les deux parties.

## **Art. 78 Conditions d'exercice du recours**

### **Al. 1**

L'art. 78, al. 1, P-LCA sert à la mise en œuvre économique de l'étendue du droit préférentiel et du droit proportionnel visés à l'art. 77 P-LCA. Cette disposition exige 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. L'art. 78, al. 1, P-LCA est impératif.

### **Al. 2**

Au même titre que l'al. 1, l'art. 78, al. 2, P-LCA traite des privilèges en matière 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 précise l'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 dans la sphère privée du lésé. Le droit régissant les assurances sociales prévoit aussi de telles limitations du droit de recours (art. 75 LPGa). L'art. 78, al. 2, P-LCA permettrait également d'exclure le recours s'il entraîne des difficultés financières pour la personne responsable. Contrairement à l'art. 72, al. 3, LCA, semi-impératif, l'art. 78, al. 2, P-LCA revêt un caractère impératif et ne peut donc pas être modifié par les parties.

L'atteinte aux droits de recours par l'ayant droit au sens de l'art. 72, al. 2, LCA est couverte par l'art. 42, al. 5, P-LCA.

## **2.2.12 Section 2: Assurance multiple dans l'assurance dommages**

Cette section règle impérativement les cas de double assurance (art. 53 et 71 LCA) d'une manière nouvelle et actuelle. Elle ne porte que sur les assurances multiples conclues par le même preneur d'assurance avec plusieurs entreprises d'assurance.

### **Art. 79 Devoir de déclaration**

L'art. 79 P-LCA reprend le principe de l'art. 53, al. 1, LCA, et stipule l'obligation du preneur d'assurance d'informer toutes les entreprises d'assurance 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, autrement dit en cas d'assurance du même intérêt économique (au sujet de l'intérêt économique, cf. art. 9, al. 1, P-LCA). Ce devoir d'information suppose que le preneur d'assurance est au courant de l'existence de l'assurance multiple.

L'art. 53, al. 1, LCA ajoute encore que les sommes assurées réunies doivent dépasser la valeur d'assurance. Cet aspect n'est toutefois pertinent qu'en cas d'assurance à la valeur totale, car la somme assurée doit alors correspondre à la valeur d'assurance totale pour qu'un dommage soit complètement réparé.

A l'inverse, l'assurance au premier risque couvre un dommage jusqu'à hauteur de la somme assurée convenue, sans tenir compte d'une éventuelle valeur d'assurance. Comme l'art. 79 P-LCA doit aussi s'appliquer aux assurances au premier risque, une

disposition particulière est proposée pour les assurances à la valeur totale (art. 81, al. 1, P-LCA).

### **Art. 80 Droit de résiliation**

L'assurance multiple a des conséquences indépendantes de la volonté de l'entreprise d'assurance sur le contenu du contrat (art. 81 P-LCA). 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 (prime minimale, etc.). L'art. 80, al. 1, P-LCA accorde ainsi à chaque entreprise d'assurance un délai de résiliation de deux semaines à compter de la date de réception de l'information 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. 81 Conséquences pour les contrats non résiliés**

Le droit actuel ne régit pas les conséquences juridiques de la double assurance pour les sommes assurées et les primes. Le nouvel art. 81 comble cette lacune, introduisant 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 (art. 86 P-LCA) et la somme assurée (art. 38 P-LCA) correspondent à 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'art. 81, al. 1, P-LCA 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, on cherche à limiter de manière équitable l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance aux dommages attendus. Jusqu'à concurrence de la somme assurée, chaque dommage est entièrement dédommagé. Une assurance au premier risque est par exemple conclue lorsque, dans le cadre de l'assurance casco, une somme assurée limite de CHF 2000 est fixée pour le vol d'objets transportés dans le véhicule. Partant, l'art. 81, al. 2, P-LCA 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. 82, il en résulte que la somme assurée réduite est répartie à parts égales entre les contrats existants.

Cependant, l'assuré peut avoir intérêt à continuer de disposer du total des sommes assurées (p. ex. dans le cas d'assurances responsabilité civile). C'est la raison pour laquelle, selon l'art. 81 P-LCA, la réduction des sommes assurées ne peut intervenir que sur demande du preneur d'assurance.

#### **Al. 3**

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. C'est donc pour cette raison qu'il ne doit pas non plus en découler une réduction de prime proportionnelle en cas de réduction de la somme assurée. Au contraire, le preneur

d'assurance doit payer les primes dues pour la somme assurée réduite en fonction du tarif.

#### **Art. 82 Répartition du sinistre**

L'art. 82 P-LCA règle les conséquences juridiques de l'assurance multiple en cas de survenance du sinistre. En cas d'assurance multiple également, le dommage subi est indemnisé jusqu'à concurrence du maximum, une surindemnisation étant exclue. Selon le droit actuel (art. 71, al. 1, LCA), les assureurs concernés se répartissent proportionnellement la réparation du dommage. 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. C'est pourquoi le P-LCA propose 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. 83 Violation du devoir de déclaration**

L'art. 83 P-LCA règle les conséquences juridiques de la violation du devoir de déclaration du preneur d'assurance conformément à l'art. 79 P-LCA. 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 pour les cas d'assurance déjà survenus. En outre, elles ont le droit de résilier les contrats dans un délai de quatre semaines à compter de la date à laquelle elles ont connaissance du dol ou de la violation du devoir de déclaration. Pour les contrats non résiliés, les conséquences juridiques découlant de l'art. 81 P-LCA s'appliquent par analogie à échéance du délai de résiliation.

#### **Art. 84 Exceptions**

L'art. 84 P-LCA exclut du champ d'application des art. 79 à 82 P-LCA les cas de faible importance se produisant fréquemment.

### **2.2.13 Section 3 Assurance de sommes**

#### **Art. 85**

L'art. 85 P-LCA renferme le principe de cumul de l'assurance de sommes, tel que le connaît déjà l'art. 96 LCA. Le droit actuel part de la réflexion, en soit incontestable, que les assurances de sommes sont surtout présentes dans le domaine des assurances de personnes; c'est pourquoi il exclut le recours de l'entreprise d'assurance uniquement pour celles-ci.

A l'inverse, le 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 qui vont au-delà de la valeur vénale. Partant, il faut statuer sur le principe de cumul pour l'assurance de sommes de manière générale. En principe, il s'ensuit qu'en vertu de l'art. 85 P-LCA 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. 76 P-LCA).

Contrairement à l'art. 96 LCA, l'art. 85 P-LCA est impératif et ne peut donc être modifié par accord entre les parties.

## **2.2.2 Chapitre 2 Branches d'assurance diverses**

### **2.2.21 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 sert à fixer la somme assurée (art. 38 P-LCA), qui définit le maximum de l'obligation de prestation de l'entreprise d'assurance, cette même somme assurée correspondant de son côté en règle générale à la valeur d'assurance. La valeur d'assurance revêt une importance particulière dans l'assurance à la valeur totale, pour laquelle elle est déterminante pour juger s'il y a surassurance (art. 88, al. 1, P-LCA).

La valeur d'assurance est supposée correspondre à la valeur vénale de la chose. Contrairement au droit actuel (art. 49 LCA), l'art. 86 P-LCA fixe ainsi la méthode permettant de définir la valeur d'assurance. Toutefois, cet article est de nature dispositif, ce qui autorise les parties à déclarer par convention la prépondérance d'un autre critère, par exemple la valeur de continuation. Le caractère dispositif de cette clause doit permettre de tenir compte de développements futurs et du fait qu'il n'est a priori pas impensable que la valeur d'assurance s'écarte de la valeur vénale.

Contrairement à ce que prévoit l'art. 65 LCA, une valeur d'assurance convenue ne compte plus forcément comme valeur de remplacement, cette dernière se définissant davantage selon l'art. 87, al 1, P-LCA.

#### ***Art. 87 Valeur de remplacement***

##### ***Al. 1***

Selon l'art. 87, al. 2, P-LCA, l'entreprise d'assurance est en principe débitrice de la valeur de remplacement de la chose assurée en cas de survenance de l'événement assuré. Cette valeur de remplacement sert ainsi à définir le volume de la prestation d'assurance; conformément à l'art. 87, al 1, P-LCA, celle-ci correspond à la valeur vénale de la chose assurée à la date du sinistre. On tient compte de la sorte de manière appropriée des changements affectant la valeur entre la date de conclusion du contrat et la survenance du sinistre. L'art. 87, al. 1, P-LCA, reprend la réflexion sous-jacente à l'art. 62 LCA, mais définit en plus le critère servant à déterminer la valeur de remplacement.

Comme l'art. 87, al. 1, P-LCA relève du droit dispositif, il permet aux parties d'y déroger par convention. Il serait ainsi possible de définir un certain montant en francs pour la valeur de remplacement d'une chose. Si le prix de la chose augmente avant la survenance du sinistre, ce changement est sans conséquence. L'entreprise d'assurance n'est alors débitrice que du prix fixé initialement. La fixation de la valeur de remplacement est comprise dans l'étendue de la couverture d'assurance, sur laquelle l'entreprise d'assurance doit informer le preneur d'assurance conformément à l'art. 12 P-LCA.

### **Al. 2**

Compte tenu de l'importance de la valeur de remplacement pour la prestation d'assurance, il faut différencier 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, conformément à l'art. 87, al. 2, P-LCA, 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 P-LCA.

Pour l'assurance au premier risque, le niveau de la prestation d'assurance se définit toujours sur la base de l'art. 87, al. 2, P-LCA, en vertu duquel la valeur totale de remplacement doit être payée en cas de dommage total, seule une partie de cette valeur devant être versée en cas de dommage partiel.

Selon l'art. 87, al. 2, P-LCA, la prestation de l'entreprise d'assurance se limite dans tous les cas à la somme assurée.

L'al. 2 étant de nature dispositif, cela permet aux parties de conclure des conventions qui y dérogent.

## **Art. 88 Surassurance**

### **Al. 1 et 2**

Il y a surassurance lorsque la somme assurée dépasse fortement la valeur d'assurance. Cette disparité induit 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. Le droit actuel prévoit à l'art. 50 LCA, de manière uniquement dispositif, l'abaissement de la somme assurée ainsi qu'une réduction des primes pour les périodes d'assurance suivantes en cas de diminution ultérieure de la valeur d'assurance. La nouvelle disposition représente donc une nette amélioration, puisque les deux 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 stipule clairement que les droits d'adaptation valent non seulement pour une surassurance initiale, mais également lorsque la valeur d'assurance baisse ultérieurement.

### **Al. 3**

L'art. 88, al. 3, P-LCA régit les conséquences juridiques de la surassurance frauduleuse. Cela se produit lorsque le preneur d'assurance agit dans l'intention de se procurer ainsi à lui-même ou de procurer à autrui un avantage illicite. 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. 83 P-LCA 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 passant une assurance à la valeur totale.

L'art. 89 P-LCA régit de façon particulière les conséquences juridiques de la sous-assurance en cas de dommage partiel et tient compte ainsi du 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, P-LCA), si bien qu'aucune réglementation spéciale n'est requise.

En cas de dommage partiel, on tient ainsi compte de la sous-assurance: l'entreprise d'assurance peut réduire sa propre prestation en appliquant le principe de proportionnalité, soit conformément au rapport existant entre la somme assurée et la valeur de remplacement. En voici un exemple: 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. Entre la valeur de remplacement et la somme assurée, le rapport est de 100 à 80 %, donc présente une différence de 20 %. Partant, seuls les 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 seront remboursés (40 000 fr. – 20 %, ou 40 000 fr. x 80 %).

L'art. 89 P-LCA reprend pour l'essentiel l'art. 69, al. 2, LCA. Contrairement au droit actuel, le projet de révision prévoit toutefois un aménagement semi-impératif de la disposition, de sorte qu'une convention défavorisant le preneur d'assurance (par ex. une réduction excessive) est exclue.

## **2.2.22 Section 2 Assurance responsabilité civile**

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*), l'admissibilité de cette dernière étant avant tout contestée. Toutefois, cette question n'a jamais fait l'objet de discussions animées 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.

### **Art. 90 Etendue**

#### **Al. 1**

Le droit actuel ne contient aucune disposition qui interdise 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. Ainsi par exemple, dans le cas d'une assurance de responsabilité civile d'une entreprise, tous les collaborateurs et auxiliaires sont généralement englobés dans la couverture d'assurance. Toutefois, des actions récursoires contre des collaborateurs ne faisant pas partie de la direction peuvent être exclues (art. 59 LCA *a contrario*). Il est souvent fait usage de cette possibilité, avec pour conséquence que les collaborateurs non couverts par l'art. 59 LCA sont exposés au recours d'un tiers prestataire. D'autres cas présentent la même similitude. Si, par exemple, un chien mord un facteur assuré auprès de la CNA et que cette dernière entend recourir contre le détenteur du chien, le dommage est assumé alors par ledit détenteur si l'entreprise d'assurance responsabilité civile de ce dernier a exclu la protection en matière d'actions récursoires. De telles exclusions vident de sa substance l'assurance responsabilité civile. C'est pourquoi le projet de révision contient une disposition impérative en vertu de laquelle l'assurance responsabilité civile doit couvrir non seulement les prétentions en indemnisation du lésé, mais aussi les prétentions récursoires de tiers.

En revanche, on a renoncé à une disposition qui restreindrait ou exclurait le droit dont dispose l'entreprise d'assurance de réduire sa prestation en cas de sinistre causé par suite d'une négligence grave (art. 42, al. 2, P-LCA) lorsqu'il s'agit d'obligations en matière d'actions récursoires. De telles constellations sont avant tout envisageables dans le cadre de recours relevant de l'assurance sociale, où une personne bénéficiant du privilège de recours selon l'art. 75, al. 2, LPGA, peut être poursuivie en justice par l'assureur uniquement si elle a provoqué le dommage au moins par négligence grave. Si l'entreprise d'assurance privée réduit sa prestation en raison de négligence grave, l'assuré contre lequel le recours est formé doit payer lui-même une partie du dommage. Ainsi, la situation ne se présente guère autrement que lorsque l'assuré est poursuivi directement par le lésé. Il n'existe aucun argument qui justifierait de traiter différemment les deux cas et de prévoir des prestations d'assurance plus élevées pour les recours que pour les dommages directs. C'est pourquoi il ne faut pas non plus renoncer pour les cas de recours à la réduction pour négligence selon l'art. 42, al. 2, P-LCA. En outre, de par son caractère semi-impératif, cet article autorise la pleine assurance de la négligence grave du moment que cela ne paraît pas contraire aux mœurs.

#### **Al. 2**

L'al. 2 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.

Il pose cependant comme condition que les dépenses consenties soient judicieuses au vu des circonstances ou qu'elles aient été provoquées par l'entreprise d'assurance. Le devoir 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 que pour autant que les parties n'ont pas convenu d'un autre règlement.

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

#### **Al. 1**

L'art. 60, al. 1, LCA stipule que 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 moins pragmatique actuellement. C'est pourquoi, par référence à des réglementations similaires (par ex. art. 65, al. 1, LCR), le projet reprend la proposition de la commission d'experts, soit d'introduire un droit pour le lésé d'intenter une action directe contre l'entreprise d'assurance responsabilité civile. Ce droit doit être impératif.

En revanche, il convient de renoncer à une inopposabilité des exceptions (art. 65, al. 2, LCR) dans le cadre de l'assurance responsabilité civile facultative. En effet, l'inopposabilité d'exceptions provenant de la LCA ou du contrat d'assurance ne s'avère efficace que là où l'étendue de la couverture d'assurance est prescrite par la loi, comme cela est notamment régulièrement le cas dans l'assurance responsabilité civile obligatoire. Si tel n'est pas le cas – et cela vaut pour l'assurance responsabilité civile volontaire – une inopposabilité des exceptions aurait pour conséquence que les clauses d'exception fixées contractuellement resteraient pratiquement sans effet.

Il paraît donc correct que seules les couvertures responsabilité civile pour lesquelles des raisons d'ordre social empêchent de réduire les prestations versées aux lésés, fassent l'objet d'obligations comprenant une étendue de couverture prescrite et une inopposabilité générale des exceptions.

Partant, il est proposé de renoncer à statuer une inopposabilité des exceptions dans l'assurance responsabilité civile volontaire.

#### **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. Ce droit d'être renseigné doit être impératif; voir à ce propos l'al. 3.

#### **Al. 3**

Il est surtout justifié d'assurer la protection du lésé pour les préjudices 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 l'art. 91 P-LCA 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**

La disposition impérative de l'art. 92 P-LCA 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. L'al. 1 fixe le principe en vertu duquel les différentes prétentions doivent alors être réduites proportionnellement (cf. 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 (par 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.

### **Al. 3**

Afin que toutes les prétentions liées à un sinistre puissent faire l'objet d'un jugement global et de manière à éviter des versements excédentaires au sens de l'al. 2, il doit être possible, à la demande de l'une des parties, de fixer un délai aux lésés qui ne participent pas encore à l'action en dommages-intérêts, pour qu'ils puissent intervenir dans la procédure. Le tribunal peut également fixer de lui-même ce délai et par exemple publier l'annonce dans la feuille officielle ou cantonale.

### **Al. 4**

Les lésés qui n'ont pas donné suite dans les délais à l'invitation du tribunal à faire valoir leurs prétentions, ne seront plus pris en compte lors de la répartition des indemnités.

## **Art. 93 Rentes**

### **Al. 1**

A l'instar de l'art. 92 P-LCA, l'art. 93 P-LCA, de nature semi-impérative, sert à protéger l'entreprise d'assurance contre des prestations ou autres engagements excessifs. L'al. 1 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, aussi bien l'assuré que l'entreprise d'assurance peuvent donc être libérés de l'obligation de fournir des sûretés.

## **Art. 94 Gestion des sinistres**

Il n'est pas rare qu'en raison d'un événement de responsabilité civile, le lésé subisse de graves conséquences économiques, voire même, selon les circonstances, qu'il se retrouve dans une situation de détresse. Pour éviter de telles conséquences, il est important de gérer les sinistres le plus rapidement possible. C'est ce que prescrit de manière semi-impérative l'art. 94 P-LCA en s'inspirant des dispositions de la LCR (art. 79c), lesquelles à leur tour se réfèrent à la Quatrième directive de la CE sur l'assurance automobile (Directive 2000/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 mai 2000 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE du Conseil, Journal officiel n° L 181 du 20/07/2000 p. 0065 – 0074).

### **Al. 1**

L'art. 94, al. 1, P-LCA statue l'obligation de l'entreprise d'assurance de soumettre une proposition dûment motivée dans les trois mois qui suivent la date du dépôt de la demande d'indemnisation par le lésé, pour autant que l'obligation de prestation ne soit pas contestée et que la prétention soit chiffrable (let. a). Bien sûr, il ne serait pas raisonnable d'exiger de l'entreprise d'assurance qu'elle soumette une proposition d'indemnisation lorsque la gestion du sinistre ne peut se faire pour des raisons dont le lésé doit répondre ou lorsqu'une procédure administrative, un procès civil ou une procédure extrajudiciaire de règlement des différends est en cours en relation avec le sinistre. Si l'entreprise d'assurance conteste de manière générale l'obligation de prestation ou si la prétention n'est pas encore chiffrable à ce moment-là, l'entreprise

d'assurance doit remettre au lésé une prise de position présentant de façon circonstanciée et compréhensible pour le lésé les positions juridiques et leur justification (let. b). Un simple message d'une ligne est donc insuffisant. La proposition ou l'avis doit être remis en la forme écrite.

### **Al. 3**

L'al. 3 règle les conséquences d'un non-respect par l'entreprise d'assurance de ses obligations légales. La disposition de l'al. 3 intervient au cas où l'entreprise d'assurance omet de soumettre une proposition (let. a) ou une prise de position (let. b) dûment motivées, ou si elle laisse s'écouler le délai imparti sans agir. Dans ce cas, on suppose au bénéfice du lésé que l'obligation de prestation se monte à concurrence de la demande d'indemnisation formulée; partant, il y a inversion du fardeau de la preuve. Cela a des conséquences favorables pour le lésé, puisqu'il est ainsi délié de l'obligation de justifier le dommage et qu'il incombe à l'entreprise d'assurance de prouver un autre montant d'indemnisation. Le lésé peut alors faire valoir d'autres prétentions, notamment celles découlant de la demeure du débiteur.

## **2.2.23 Section 3 Assurance protection juridique**

Dans le droit actuel, l'assurance protection juridique est réglée uniquement aux articles 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 n° 87/344/CE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance de protection juridique (Journal officiel n° L 185 du 4 juillet 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 en 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 s'intéresse avant tout à ce que la procédure dont elle devra assumer les conséquences se déroule à moindre frais. La majorité des dispositions existant actuellement en matière d'assurance protection juridique ayant fait leurs preuves, leur contenu ne doit pas être modifié ou alors uniquement 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. C'est pourquoi l'on propose de les transférer dans le P-LCA. Il s'agit notamment des articles 162, 163, 166, 167, 168, 169 et 170 OS. L'art. 161 OS peut quant à lui être abrogé (cf. à ce propos les explications concernant l'art. 95 P-LCA). Toutes les prescriptions concernant l'assurance protection juridique ont un caractère semi-impératif et ne peuvent donc pas être modifiées en défaveur du preneur d'assurance ou de la personne autorisée à formuler des prétentions.

### **Art. 95 Champ d'application**

L'art. 95 P-LCA définit le champ d'application des dispositions liées à l'assurance protection juridique. A l'instar du droit actuel (art. 162, let. a, OS), la disposition exclut du champ d'application les activités qu'une entreprise d'assurance exerce pour défendre ou représenter les personnes assurées auprès d'elle contre les prétentions en responsabilité civile.

Contrairement à ce qui est le cas dans l'assurance protection juridique, les intérêts de l'assuré et de l'entreprise d'assurance se recoupent 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. C'est pourquoi il est possible de renoncer, dans le domaine de l'assurance responsabilité civile, aux règles destinées à éviter ou à résoudre les conflits d'intérêts entre l'entreprise d'assurance et l'assuré. Bien qu'en principe les intérêts se rejoignent, ils peuvent cependant varier en intensité. En effet, selon les circonstances, cela n'est pas forcément 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 (par 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 activités de l'entreprise d'assurance responsabilité civile du champ d'application des art. 95 ss P-LCA, 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. Cette dernière se réfère justement à la Directive 87/344/CE du 22 juin 1987, mais n'a pratiquement aucune importance pratique en Suisse. En outre, on a renoncé à définir l'assurance protection juridique (art. 161 OS), étant donné que le P-LCA évite en grande partie les définitions. Cela ne doit cependant en rien changer l'objet du contrat de l'assurance protection juridique.

### ***Art. 96 Dispositions générales***

#### ***Al. 1***

L'art. 96, al 1, P-LCA correspond à l'art. 166, al. 1, OS.

#### ***Al. 2***

Il en va de même de la première phrase de l'art. 96, al. 2, P-LCA, qui reprend la teneur de l'art. 166, al. 2, OS.

#### ***Al. 3***

Il correspond à l'art. 166, al. 3, OS.

### ***Art. 97 Droits et devoirs de l'entreprise gestionnaire des sinistres***

L'art. 97 P-LCA stipule que l'entreprise gestionnaire des sinistres détient, dans ses relations avec l'assuré, la position juridique de l'entreprise d'assurance. De la sorte, il est possible de faire valoir directement tous les droits découlant du contrat d'assurance à l'encontre de l'entreprise gestionnaire des sinistres, et l'entreprise d'assurance est liée par les actions de cette dernière.

### ***Art. 98 Choix d'un mandataire***

#### ***Al. 1 et 4***

Les al. 1 et 4 de l'art. 98 P-LCA correspondent à l'art. 167, al. 1, OS, adapté du point de vue linguistique 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 c'est le cas 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 si cette entreprise est d'une autre manière partie prenante au litige.

L'art. 98, al. 4, P-LCA oblige l'entreprise d'assurance à couvrir les frais d'avocat. Au besoin, l'assuré peut l'imposer par voie de droit. Sous réserve de la représentation devant le tribunal, il est possible de convenir en principe librement des honoraires d'avocat, toutefois 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 (art. 98, al. 4, P-LCA; art. 32, al. 1, let. b, LSA) ou le contrat d'assurance prévoit 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 peut pas 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 d'après l'art. 66 P-LCA, mais en fonction du CO. Pour autant que le contrat d'assurance le prévoie expressément, le contenu de la garantie de prise en charge des frais peut être restreint. 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'art. 98, al. 1, P-LCA.

#### **Al. 3**

L'al. 3 de l'art. 98 P-LCA reprend l'art. 167, al. 2, OS, en y apportant des modifications d'ordre linguistique 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 ainsi 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, et 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'art. 98, al. 3, P-LCA stipule clairement que seul l'assuré peut octroyer le mandat. De la sorte,

l'indécision qui existait depuis des années quant à savoir qui était le partenaire contractuel de l'avocat est 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. 34, al. 1, P-LCA), 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. 34, al. 2, P-LCA). 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 peut donc, aux conditions stipulées à l'art. 42, al. 5, P-LCA, induire une réduction des prestations.

L'art. 98, al. 3, P-LCA confère à l'entreprise d'assurance 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 restriction du choix des avocats à un certain arrondissement judiciaire ne peuvent cependant 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. 98, al. 1, P-LCA, 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'art. 98, al. 3, P-LCA 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'art. 98, al. 3, P-LCA.

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. 99 Devoir d'information**

L'art. 99 P-LCA correspond à l'art. 163 OS, moyennant quelques adaptations linguistiques.

### ***Art. 100 Levée du secret professionnel***

L'art. 100 P-LCA reprend le contenu de l'art. 168 OS tout en y apportant des modifications d'ordre linguistique.

Lorsque l'assuré est représenté par un avocat, l'entreprise d'assurance n'a souvent plus aucun accès direct aux informations nécessaires pour le déroulement du contrat. Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure les renseignements nécessaires doivent être donnés et par qui.

La base du droit dont dispose l'entreprise d'assurance d'être renseignée est l'art. 36 P-LCA, en vertu duquel l'assuré doit fournir à la demande de celle-ci tous les renseignements nécessaires à la constatation des circonstances dans lesquelles le sinistre est survenu et à la détermination de l'étendue de l'obligation de prestation; en revanche, ne tombent pas sous cette clause des informations concernant par exemple des procédures pénales ou relevant du droit de la famille qui n'ont aucun lien avec le cas concret. Outre l'art. 36 P-LCA, il y a lieu de respecter les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1), car la demande d'informations émanant de l'entreprise d'assurance est clairement assimilable à un traitement des données au sens de l'art. 3, let. e, LPD. Partant, l'entreprise d'assurance n'est pas libre dans l'interprétation de ce qui est exigible au sens de l'art. 36 P-LCA, étant au contraire beaucoup plus liée au principe de proportionnalité. En application de l'art. 4, al. 1, LPD, les données doivent en outre être traitées de manière uniquement licite. Cela signifie que l'entreprise d'assurance n'est en droit d'exiger de l'avocat des renseignements que si ce dernier est délié de son secret professionnel. Pour l'avocat, cela découle déjà de l'art. 321 CP. Selon l'art. 100 P-LCA, l'assuré peut certes être contraint contractuellement à délier l'avocat du secret professionnel. Toutefois, une telle levée ne peut intervenir préalablement et sans rapport avec le cas concret. A l'image du droit actuel (art. 168 OS), l'art. 100 P-LCA limite aussi, afin de protéger l'assuré, l'obligation de délier l'avocat du secret professionnel dans le cas où 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 l'assuré.

### ***Art. 101 Procédure en cas de divergence d'opinions***

L'art. 101 P-LCA reprend en l'adaptant au niveau linguistique le contenu normatif de l'art. 169 OS.

### ***Art. 102 Honoraires dépendant du résultat***

L'art. 102 P-LCA 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. 97 P-LCA, les droits et les obligations de l'entreprise d'assurance.

## **2.2.24 Section 4 Assurance-transport**

### ***Art. 103 Liberté contractuelle***

L'assurance-transport, qui est à l'origine de toutes les branches d'assurance, occupe depuis toujours une place particulière. C'est ainsi que de nombreux pays différencient entre l'assurance maritime et les autres branches d'assurance.

Par assurance-transport, on entend généralement l'assurance de dommages que peuvent subir des objets lors de leur acheminement. L'assurance-transport peut aussi couvrir des dommages intervenus durant les pauses ou lors du conditionnement en vue du transport, c'est-à-dire soit juste avant la livraison, soit une fois le transport terminé, voire les dommages causés aux moyens de transport eux-mêmes (à l'exception des dégâts aux véhicules, qui relèvent de l'assurance casco en

vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral [TF, RBA IV, n° 122] et non de l'assurance-transport). En tant qu'assurance de choses, l'assurance-transport couvre certes en principe des dommages affectant les marchandises acheminées elles-mêmes, mais elle peut également, par une convention particulière, être combinée avec une assurance responsabilité civile et s'étendre alors aussi aux prétentions en responsabilité civile de tiers lésés en raison de la marchandise transportée ou du moyen de transport (assurance du patrimoine). L'assurance-transport comprend en outre l'assurance des responsabilités liées aux transports, qui couvre les prétentions en réparation de tiers en cas de dommages occasionnés aux marchandises transportées. Si par exemple le commissionnaire-expéditeur endommage au chargement la marchandise à transporter, l'assurance des responsabilités liées aux transports prend en charge ces dommages. Des exemples typiques d'une telle assurance sont les assurances responsabilité civile du voiturier, du commissionnaire-expéditeur, de l'entrepoteur et pour les manipulations. Afin de tenir compte des besoins en constante mutation, il faudrait aussi renoncer à l'avenir à donner une définition légale de l'assurance-transport.

En règle générale, ni l'assurance maritime, ni les autres assurances-transport ne sont soumises aux dispositions restreignant la liberté contractuelle issues des différents droits applicables au contrat d'assurance. Le droit suisse actuel comporte lui aussi, aux art. 97 et 98 LCA, des dispositions spéciales en vertu desquelles certaines dispositions impératives et toutes les dispositions semi-impératives de la loi sont de nature dispositives pour l'assurance-transport. La raison de cette liberté contractuelle presque illimitée repose dans l'orientation commerciale de l'assurance-transport, qui est généralement conclue par des marchands connaissant particulièrement bien la matière et n'ayant que peu besoin d'être protégés. D'un autre côté, l'assurance-transport est un domaine très international où des réglementations nationales trop restrictives seraient sources d'entraves inutiles. Enfin, l'originalité juridique de l'assurance-transport correspond aux normes internationales, et il n'y a donc pas raison d'y apporter des modifications.

L'opinion prévaut actuellement que les assurances-voyage font partie de l'assurance-transport. L'art. 98, al. 2, LCA admet donc que l'on déroge, en défaveur du preneur d'assurance, aux dispositions semi-impératives de la LCA dans les assurances-voyage, qui interviennent typiquement dans des affaires de masse. Il est fait partiellement usage de cette disposition, puisque par exemple, en dérogation à l'art. 14, al. 4, LCA, on exclut l'assurabilité de dommages causés par négligence. L'attribution, purement fortuite sur le plan de la systématique, de l'assurance-voyage une exception prévue pour les transports commerciaux ne paraît pas pertinente et entraîne dans beaucoup de cas des résultats choquants. C'est pourquoi l'assurance-voyage sera dorénavant séparée de manière explicite et semi-impérative de l'assurance-transport.

#### ***Art. 104 Prétentions des consommateurs***

La liberté contractuelle doit en principe rester libre de toute restriction dans l'assurance-transport (art. 103 P-LCA). Toutefois, le projet propose une exception destinée à protéger les consommateurs. Dans la mesure où des prétentions contractuelles en responsabilité civile des consommateurs à l'encontre du transporteur sont couvertes dans le cadre d'une assurance-transport, la disposition impérative de l'art. 104 P-LCA interdit d'exclure explicitement les dispositions applicables de la loi destinées à protéger les lésés, notamment le droit d'intenter une action directe. On peut par exemple penser au cas où une entreprise de

déménagement endommage les meubles à transporter dans le cadre du déménagement d'un ménage.

## **2.2.25 Section 5 Assurance-crédit et assurance-caution**

### **Art. 105**

Le droit en vigueur ne prévoit aucune disposition particulière pour l'assurance-crédit et l'assurance-caution, et il n'existe apparemment pas non plus de jurisprudence relative à ces branches d'assurance. Reste à savoir s'il ne faudrait pas aussi *de lege ferenda* renoncer à une réglementation légale de l'assurance-crédit et de l'assurance-caution.

La proposition a été faite de mettre cette branche d'assurance sur pied d'égalité avec l'assurance-transport et de l'exclure des restrictions relatives à la liberté des conventions de la LCA. Premièrement, les preneurs d'assurance sont, comme dans l'assurance-transport, en général des personnes rompues aux affaires qui se passent d'une protection particulière. Deuxièmement, les banques proposent également des produits comparables au niveau économique. Comme celles-là 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 de grandes divergences en de nombreux points par rapport aux autres branches d'assurances. Il n'est dès lors guère judicieux d'appliquer aux assurances-crédit et caution des dispositions contraignantes (par ex. en matière de conclusion du contrat) axées sur de tout autres processus.

## **2.2.26 Section 6 Assurance-vie**

Les dispositions suivantes règlent les questions particulières relevant de l'assurance sur la vie. Une disposition correspondant à l'article 82 de la LCA n'a pas été reprise dans le projet LCA. Ce renoncement n'entraîne cependant pas de modification de droit matériel. Au contraire, l'article 82 de la LCA ne fait aujourd'hui que répéter ce qui s'applique au demeurant déjà en vertu de la primauté relative du droit de la poursuite pour dettes et la faillite.

### **Art. 106 Cession et nantissement**

L'article 106 P-LCA reprend, sous forme condensée, la teneur de l'art. 73, al. 1, LCA. A vrai dire la disposition est systématiquement inscrite dans les réglementations spéciales sur l'assurance-vie. De cette façon, on tient compte de ce que les éventuels actes de disposition portant sur des prétentions d'assurance interviennent pratiquement tous dans le domaine de l'assurance-vie. Comme le droit en vigueur a fait ses preuves et qu'aucune révision n'a été nécessaire jusqu'à présent, non seulement la forme écrite au sens de l'art. 13 CO mais aussi la remise de la police, ainsi que l'annonce 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 sur la vie soient valables. Comme le veut l'usage dans le droit en vigueur, les prescriptions sur la cession et le nantissement de prétentions d'assurance doivent aussi être aménagées de manière impérative dans le P-LCA pour des raisons de sécurité du droit.

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 une disposition telle qu'inscrite à l'art. 73, al. 2, LCA – surtout pour prévenir le blanchiment d'argent.

### **Art. 107 Désignation de bénéficiaires**

#### **Al. 1**

L'art. 107, al. 1, P-LCA reprend pour l'essentiel la prescription de l'art. 76, al. 1, LCA. Toutefois, contrairement à l'art. 76, al. 1, LCA, le nouveau droit déclare comme impérative la liberté du preneur d'assurance de désigner un bénéficiaire.

#### **Al. 2**

Le droit en vigueur autorise dans ces cas le changement de la clause bénéficiaire sans l'assentiment de la personne assurée, un droit considéré comme une grave lacune en matière de protection. Aux yeux de la personne assurée, la personne du bénéficiaire peut constituer un critère décisif dans sa décision à accepter le contrat ou non. Aussi le P-LCA prévoit-il que les changements de bénéficiaires doivent se faire avec l'accord de la personne assurée. L'accord relatif à de tels changements ne peut pas être donné à titre provisionnel lors de la conclusion du contrat déjà.

#### **Al. 3**

L'al. 3 règle d'une manière semi-impérative le sort des droits des autres bénéficiaires ou des bénéficiaires suivants pour le cas où un bénéficiaire perd son droit pour avoir causé intentionnellement le sinistre (art. 42, al. 1, let. a, P-LCA). Les droits des autres bénéficiaires ou des bénéficiaires suivants doivent continuer à accroître par fractions égales (cf. art. 84, al. 4, LCA). Il n'est pas jugé convenable que les bénéficiaires hors de cause, comparativement au droit en vigueur, soient pénalisés 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**

Le droit en vigueur a fait ses preuves tant au regard de la désignation irrévocable du bénéficiaire que de la possibilité de changer de bénéficiaires ultérieurement. C'est pourquoi l'al. 4, art. 107, P-LCA reprend, de manière condensée, le contenu de l'art. 77 LCA (s'agissant de la forme écrite requise pour la renonciation à la révocation, l'art. 13 CO s'applique). 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 (art. 10, al. 4, P-LCA). De plus l'al. 4, art. 107, P-LCA, est semi-impératif et ne peut dès lors pas être changé au détriment du preneur d'assurance ou de l'assuré.

#### **Al. 5**

Reprend le contenu de l'art. 78 LCA.

#### **Al. 6**

L'art. 107, al. 6, P-LCA 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 sorte que, en cas de mort prématurée d'un bénéficiaire pour lequel aucun bénéficiaire suivant n'a été désigné, ses descendants puissent prétendre à la prestation d'assurance.

Une disposition équivalente à l'art. 83 LCA a été omise dans le projet de révision de la LCA, les définitions des notions relevant fortement du droit de la famille ou du droit

de succession n'étant pas l'affaire de la LCA. De plus, ces questions sont fréquemment réglées dans les Conditions générales d'assurance. Il en va de même pour l'art. 84 LCA: la répartition de la somme assurée entre les bénéficiaires est en règle générale fixée par la convention des parties (Conditions générales d'assurance). Seul le contenu de l'art. 84, al. 4, LCA – quoique sous une forme fortement simplifiée – a trouvé sa place dans l'art. 107, al. 3, P-LCA.

#### ***Art. 108 Répudiation de la succession***

L'art. 108 P-LCA reprend le principe de l'art. 85 LCA. En fait, le P-LCA ne distingue plus différentes catégories de bénéficiaires, aucun motif ne paraissant justifier l'inégalité de traitement entre les héritiers. A l'avenir 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, acquiert les prestations d'assurance même s'il répudie la succession. La disposition 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. Contrairement à l'art. 85 LCA qui est de droit dispositif, la disposition est dès lors impérative. Cet aménagement permet d'empêcher les conventions selon lesquelles aucune prestation d'assurance ne serait due en cas de répudiation.

#### ***Art. 109 Participation aux excédents***

Les contrats d'assurance-vie avec formation de capital se caractérisent par une longue durée contractuelle, où tant les prestations d'assurance 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. Mais les modèles de base dépendent de nombreux paramètres dont l'importance, étant donnée la longue durée des contrats d'assurance-vie, ne peut être estimée qu'au prix de substantielles incertitudes. Les entreprises d'assurance calculent donc une prime moyenne qui reste constante sur toute la durée du contrat. De plus, les prestations assurées lors de la conclusion du contrat sont 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, la hauteur de la participation aux excédents ne peut être chiffrée 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, P-LCA).

Jusqu'à présent la LCA ne règle la participation aux excédents que de manière accessoire (art. 94 LCA). Certes, l'art. 3 LCA entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 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 loi sur la surveillance des assurances en vigueur, l'entreprise d'assurance doit remettre chaque année un décompte vérifiable sur la participation aux excédents. L'ordonnance sur la surveillance en vigueur 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. L'art. 109 P-LCA vise à régler uniformément les dispositions axées sur le droit privé dans la LCA.

#### **Al. 1**

L'art. 109, al. 1, P-LCA reprend, avec des modifications linguistiques, la réglementation de l'art. 130 OS et la complète au sujet de l'excédent final. Il statue également de manière semi-impérative sur le contenu minimal des devoirs d'information contractuels de l'entreprise d'assurance relatifs à la participation aux excédents. A cet égard, la lettre a entend régler en particulier le fait que le preneur d'assurance acquiert dès la distribution des excédents – contrairement à 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 P-LCA. Cette redondance 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. b, P-LCA et Conditions générales d'assurance).

#### **Al. 2**

A l'instar de l'al. 1, l'al. 2 semi-impératif provient du droit de la surveillance (art. 36, al. 2, LSA) 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 renseigner sur les bases de calcul des excédents et sur les clés de distribution. Le contenu de l'information dépend du système de répartition convenu par contrat. Dans tous les cas s'agissant de contrats avec épargne, il y a lieu d'indiquer l'excédent d'intérêts ainsi que la rémunération globale comme grandeurs de base.

#### **Al. 3**

Il est possible de conclure par contrat que, en sus des parts d'excédents courantes à l'échéance du contrat, soit versée une part appelée 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 un instrument de concurrence efficace. Prenant appui sur le droit de surveillance en vigueur (art. 138, al. 3, OS) l'art. 109, al. 3, P-LCA oblige désormais de manière semi-impérative les entreprises d'assurance à augmenter la prestation d'assurance échue d'une partie raisonnable, dépendant de la durée du contrat écoulée, de la part d'excédents finale accumulée, et ce non seulement à la fin d'un contrat arrivant à échéance, mais aussi en cas de rachat ou, si cela a été convenu par contrat, de décès et d'invalidité de la personne assurée et en cas de transformation du contrat. Cela afin d'empêcher la pratique souvent injustifiée qui voulait que, sauf à la fin du contrat arrivant à échéance, aucun excédent final n'est versé.

#### **Art. 110 Fin anticipée**

Le droit en vigueur offre déjà dans les articles 90 ss LCA deux formes de désinvestissement de contrats d'assurance sur la vie: transformation pour toute assurance sur la vie pour laquelle les primes ont été payées pour trois ans au moins,

ou rachat dans le cas de toute assurance sur la 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 P-LCA reprend en opérant différents ajustements et regroupements systématiques la pensée fondamentale de ces dispositions. Les conséquences juridiques du retard mis dans le versement des primes dans l'assurance sur la vie avec formation de capital s'orientent en particulier sur les dispositions des art. 111 et 112 P-LCA. Une réglementation spéciale, telle que la prévoit l'art. 93 LCA, devient dès lors obsolète.

L'article semi-impératif 110 P-LCA remplace le droit du preneur d'assurance de se départir du contrat inscrit dans l'art. 89 LCA par un droit de résiliation.

### **Art. 111 Transformation**

L'article 111 P-LCA reprend aussi d'une manière semi-impérative la transformation actuellement réglementée dans l'art. 90, al. 1, LCA. Dans la transformation le contrat n'est pas dissout, mais réaménagé, totalement ou partiellement en une assurance libérée du paiement des primes: les prestations assurées sont réduites de sorte 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. On passe ainsi à l'existence d'une réserve mathématique positive, ce qui rend caduque le versement de trois ans de primes imposé par l'art. 90, al. 1, LCA. La valeur de transformation se calcule en principe avec les bases techniques du contrat d'assurance en partant de la valeur de règlement lors de la transformation. La réserve mathématique d'inventaire forme la base de calcul de la valeur de règlement lors de la transformation, déduction faite des frais d'acquisition non amortis (cf. art. 127 OS). La réserve mathématique d'inventaire se calcule comme valeur actuelle des futures prestations y compris les frais administratifs, déduction faite de la valeur actuelle des futures primes.

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 en principe à la valeur actuelle de la valeur de transformation.

### **Art. 112 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 — quelle que soit la partie au contrat prononçant la résiliation — conformément à l'art. 90, al. 2, LCA 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 avec les bases techniques du contrat d'assurance et qui correspond pour l'essentiel à la réserve mathématique d'inventaire, déductions faites des frais d'acquisition non amortis et du risque d'intérêt. En cas de litige, la valeur de rachat est calculée par les tribunaux. Pour qu'il y ait rachat, il faut, comme pour la transformation, qu'une valeur de rachat existe bel et bien. Cela revient à préciser ce qui prévaut déjà aujourd'hui: le preneur d'assurance n'a droit qu'au remboursement de la valeur de rachat pour autant que celle-ci existe véritablement. Il n'est dès lors plus question de l'importance du versement des primes.

L'échéance se définit suivant l'article 39, al. 1, P-LCA. La disposition de l'art. 112 P-LCA est de caractère semi-impératif et s'applique même en cas de suicide de la personne assurée capable de discernement.

### **Art. 113 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). De cette façon, l'équité requise est déjà réglée par le droit de la surveillance et il est donc possible de renoncer à une telle réglementation dans la LCA (cf. art. 91, al. 3, LCA). Une valeur de règlement est équitable lorsqu'il existe un équilibre entre les intérêts de la communauté des assurés restants et ceux du preneur d'assurance à indemniser.

Selon l'art. 113, al. 1, P-LCA, les entreprises d'assurance sont tenues d'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 sont portées à la connaissance des assurés (cf. aussi art. 127 OS). L'art. 113, al. 1, P-LCA reprend en substance l'art. 91, al. 1 et 2, LCA. Contrairement à l'art. 91 LCA semi-impératif, l'art. 113, al. 1, P-LCA a un caractère impératif.

#### **Al. 2**

La première demi-phrase de l'al. 2 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 conformément à l'art. 12, al. 2, let. b, P-LCA; elle est également en relation directe avec la disposition de rachat de l'art. 113 P-LCA, 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.

En ce qui concerne la valeur de transformation, la seconde moitié de la phrase reprend pour l'essentiel la prescription de l'art. 92, al. 1, LCA. Le P-LCA a renoncé à fixer un délai légal. Cependant, il va de soi que l'information doit être communiquée dans un laps de temps raisonnable. Le délai de quatre semaines inscrit dans l'article 92, al. 1, LCA sert toujours de référence.

L'art. 92, al. 1, phrase 2, LCA n'a pas été repris. D'une part, il suffit que les données communiquées par l'entreprise d'assurance puissent être vérifiées par l'autorité de surveillance (al. 3). D'autre part, il faut éviter à l'avenir les problèmes liés à la protection du secret qui ont pu se poser jusqu'à présent dans le cadre de la LCA en vigueur lors de conflits relatifs aux valeurs de transformation communiquées. L'al. 2 est semi-impératif.

#### **Al. 3**

En cas de rachat ou de transformation d'un contrat d'assurance, le preneur d'assurance peut faire examiner par l'autorité de surveillance les valeurs de règlement déterminées par l'entreprise d'assurance. La révision porte sur l'exactitude des valeurs, autrement dit elle 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 correctes au plan mathématique. Les valeurs de règlement comprennent aussi les parts d'excédents réparties dans la mesure où elles sont susceptibles de rachat.

La disposition contient du droit dispositif, car il est fait référence ici aux obligations de l'autorité de surveillance, qui ne sont pas soumises à une réglementation par les parties.

### **Art. 114 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, l'entreprise d'assurance peut se prévaloir des mêmes exceptions à l'égard du bénéficiaire d'un gage qu'elle peut opposer à l'ayant droit.

### **Art. 115 Devoir d'information dans l'assurance-vie collective**

Dans l'assurance-vie collective, le preneur d'assurance est tenu, sur le modèle du droit en vigueur (art. 3, al. 3, LCA), de renseigner les assurés après la conclusion et pendant la durée du contrat sur les principaux éléments de ce dernier, ses modifications et sa fin. 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. L'assureur met à disposition du partenaire contractuel tous les documents nécessaires pour remplir le devoir d'information.

## **2.2.27 Section 7 Assurance-maladie et assurance-accidents**

### **Art. 116 Portefeuilles fermés**

#### **Al. 1**

Il arrive que des entreprises d'assurance offrent à des preneurs d'assurance, jeunes et en bonne santé, de nouveaux produits assortis de primes avantageuses 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 se sont acquittés de leurs primes pendant de nombreuses années.

L'art. 116 P-LCA 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. 116 semi-contraignant du P-LCA transpose ainsi dans la LCA le contenu de l'art. 156 de l'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 de ce 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. 117 Causes concomitantes**

L'art. 117 P-LCA oblige l'entreprise d'assurance à prouver que les conditions de la suppression ou de la diminution de la prétention 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. 118 Relation avec l'assurance-maladie sociale**

##### **Al. 1**

L'art. 118, al. 1 P-LCA reprend de manière semi-contraignante l'actuel art. 100, al. 2, LCA.

##### **Al. 2**

L'al. 2 de l'art. 118 P-LCA vise à empêcher les caisses-maladie de contourner la limitation de l'art. 69 de la LAMal en externalisant les assurances complémentaires vers une personne morale indépendante.

Conformément à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1298/2006 du 25 mai 2007, l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale englobe toutes les assurances qui complètent le catalogue de prestations offert par l'assurance de base (cf. art. 12, al. 2, LAMal). Ces assurances complémentaires sont dès lors toujours en rapport avec l'assurance-maladie sociale. Comme l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie est une assurance au sens de la LCA, que l'employeur contracte pour s'assurer contre les conséquences de l'obligation légale de verser le salaire lorsque l'employé est empêché sans sa faute de travailler, notamment suite à une maladie ou à un accident, le Tribunal administratif fédéral conclut qu'il s'agit d'une assurance indépendante, complète, relevant du droit de l'assurance privée et non d'une assurance complémentaire à l'assurance obligatoire des soins. Par conséquent, l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie n'est pas visée par l'al. 2.

#### **Art. 119 Obligation d'information pour les assurances collectives d'entreprises**

L'art. 119 P-LCA reprend l'idée de base de l'art. 3, al. 3 de la LCA, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007, 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.

#### **Art. 120 For dans l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie**

Selon le droit en vigueur, les entreprises d'assurance sont déjà tenues de prévoir dans l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie un for au lieu de travail de la personne assurée (art. 158 OS) en sus des fors légaux au sens de la loi sur les fors (RS 272), de la loi fédérale sur le droit international privé (RS 291) et de la convention de Lugano (RS 0.275.11). Cette disposition découle du postulat Robbiani (04.3051). Elle concerne en particulier les frontaliers qui travaillent en Suisse sans y avoir leur domicile.

La Convention de Lugano révisée (octobre 2007) pose, pour la question de la compétence judiciaire en matière d'assurance, le principe selon lequel une entreprise

d'assurance ayant son siège sur le territoire d'un Etat contractant peut être attrait devant les tribunaux de l'Etat où elle a son siège, ou devant le tribunal du lieu où le demandeur a son domicile dans un autre Etat contractant en cas d'actions intentées par le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire. Selon l'art. 13 de la Convention de Lugano, il est possible de déroger à ces dispositions, notamment lorsque le preneur d'assurance, l'assuré ou le bénéficiaire sont autorisés à saisir d'autres tribunaux. Comme le problème de l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie dans le cas des frontaliers n'est pas expressément visé par la Convention de Lugano, mais que l'on peut prévoir ce problème par dérogation à celle-ci, il y a lieu de continuer de convenir que le lieu de travail est le for juridique.

#### **Art. 121 Numéro d'assuré de l'assurance vieillesse et survivants (AVS)**

Le Conseil fédéral a mis en vigueur au 1<sup>er</sup> décembre 2007 la révision de la loi sur l'AVS portant sur l'introduction du nouveau numéro d'assuré AVS. Dans ce contexte, une base légale a été créée dans l'art. 47a LCA afin d'autoriser l'utilisation du numéro AVS dans l'assurance maladie et accident également en dehors du régime obligatoire. Le but est d'éviter d'avoir à utiliser une gestion des données complètement séparée dans l'assurance privée, susceptible de causer une hausse des coûts administratifs et des problèmes d'identification inutiles.

### **2.3 Titre 3 Relations internationales**

Les art. 122 ss P-LCA règlent désormais de manière semi-impérative la question du droit applicable dans le cadre des contrats d'assurance internationaux autorisés avec des Etats de l'Espace économique européen. A cet égard, le droit actuel qui avait été instauré au cours du projet Swisslex a été repris. Il ne semble guère approprié de remanier la formulation de ces dispositions. De manière générale, l'applicabilité de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) aux contrats dans les relations internationales est désormais réglementée.

#### **Art. 122 Droit applicable**

La règle générale énoncée dans l'art. 122 P-LCA déclare que les art. 117 ss LDIP s'appliquent aux contrats dans les relations internationales. Pour les contrats de consommateurs, tels que définis dans l'art. 5, al. 2, P-LCA, l'art. 120 LDIP s'applique.

#### **Art. 123 Disposition particulière concernant le droit applicable dans les relations avec des Etats contractants**

L'art. 123 P-LCA correspond à l'art. 101a LCA. En tant que *lex specialis* à l'art. 122 P-LCA, il fixe que les art. 124 et 125 P-LCA valent comme dispositions particulières concernant le droit applicable avec des Etats contractants. Le domaine d'application de ces dispositions particulières de droit international privé dépend de l'octroi de la réciprocité par les Etats étrangers. Jusqu'à présent, seul l'Accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein (RS 0.961.514) satisfait aux exigences de reconnaissance réciproque des prescriptions et des mesures relevant du droit de surveillance.

#### **Art. 124 Droit applicable dans le domaine de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie**

La disposition correspond à l'art. 101b LCA.

### **Art. 125 Droit applicable dans l'assurance-vie**

L'art. 125 P-LCA correspond à l'art. 101c LCA.

## **2.4 Titre 4 Dispositions finales et transitoires**

### **Art. 126 Dispositions transitoires**

Les dispositions transitoires règlent le champ d'application temporel de la nouvelle loi.

#### **Al. 1**

Conformément à l'al. 1, la LCA révisée est applicable à tous les contrats conclus après son entrée en vigueur.

#### **Al. 2**

Il en va de même pour les modifications de contrats existants convenues après l'entrée en vigueur de la révision. Le nouveau droit est applicable sur les parties de contrats modifiées. En particulier, les prolongations de contrats sont considérées comme des modifications. Si un contrat est prolongé dans son intégralité, le nouveau droit s'applique dans son ensemble.

#### **Al. 3**

L'al. 3 recense les dispositions qui – principalement pour des raisons de protection des assurés – s'appliquent aussi aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la révision de la loi. Par son approche, l'art. 126, al. 3, P-LCA suit l'art. 102, al. 1, LCA en vigueur.

## **2.5 Annexe**

### **2.5.1 Droit impératif et droit semi-impératif**

En exécution de l'art. 2 P-LCA, les dispositions impératives et les dispositions semi-impératives figurent dans deux listes distinctes.

### **2.5.2 Modification du droit en vigueur**

#### **2.5.21 Code des obligations**

Au regard du droit en vigueur, le projet LCA aspire en maints endroits à plus de transparence en ce qui concerne les droits et les devoirs des assurés ainsi que les prestations que doivent fournir les entreprises d'assurance. Il faut notamment citer l'art. 12 P-LCA qui concrétise les devoirs d'information de l'entreprise d'assurance. L'art. 12, al. 3, P-LCA prescrit en particulier que le preneur d'assurance soit en possession des Conditions générales d'assurance avant la conclusion du contrat – plus précisément avant que le preneur d'assurance propose ou accepte le contrat. Par ailleurs le P-LCA renforce considérablement la protection d'assurance matérielle en ce sens que de nombreuses dispositions légales proposées sont conçues comme impératives ou semi-impératives (en faveur des assurés). Les termes du P-LCA contraignent aussi, au moyen de présomption légale et autre disposition, les entreprises d'assurance à définir clairement dans le contrat et dans les Conditions générales d'assurance leur volume de prestation (cf. par ex. l'art. 38 P-LCA).

S'agissant cependant du contrôle et de l'interprétation des Conditions générales d'assurance dans l'ensemble, le P-LCA renonce largement – sauf exceptions (cf. par ex. art. 49) – à des prescriptions spécifiques. Notamment en ce qui concerne les Conditions générales d'assurance, le principe de base est que les règles d'interprétation mises au point et pratiquées par le Tribunal fédéral – telles que la règle de la clause ambiguë et la règle de l'insolite – continueront d'être prises en considération. De l'avis de la commission des experts le moment est venu – après des décennies de réflexion et de controverses – de prévoir un contrôle général de contenu pour les Conditions générales d'assurance. A cet égard, la commission des experts suit l'avis, qui n'est plus guère contesté aujourd'hui, que l'article 8 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) ne parvient pas sur ce point à offrir la protection nécessaire.

A vrai dire, il est prévu suivant la proposition de la commission des experts d'introduire un contrôle de contenu des Conditions générales de contrat et pas seulement pour les produits des entreprises d'assurance – et donc dans la LCA. Bien plus, l'idée est de compléter le CO par une nouvelle prescription ad hoc, de sorte qu'un contrôle de contenu concerne aussi bien les Conditions générales d'assurance que les Conditions générales. Un préjudice pour cette branche, notamment face à d'autres fournisseurs de prestations financières, pourrait ainsi être évité. Par ailleurs, il n'y a pas de raison évidente qui empêcherait d'établir un contrôle de contenu pour d'autres branches économiques également.

L'introduction généralisée d'un tel contrôle de contenu ne devrait pas intervenir seulement par le biais de la révision de la LCA. Il s'agit bien plus d'une question fondamentale du droit général des contrats. Ainsi, bien que la réglementation proposée par la commission des experts soit méritoire, elle a été supprimée du projet du Conseil fédéral. En effet, pour des raisons d'égalité de traitement économique, il n'est pas judicieux d'établir une telle réglementation pour le seul domaine de l'assurance.

#### ***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. Du fait des nouvelles dispositions dans le P-LCA – en particulier celles des art. 9 s. et 91 – cette prescription n'a plus besoin de figurer dans le CO.

### **2.5.22 Loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances**

#### ***Art. 4 Demande d'agrément et plan d'exploitation***

Une nouvelle lettre est ajoutée à l'art. 4, al. 2, LSA. Selon la let. s, le plan d'exploitation doit contenir la preuve qu'une entreprise d'assurance ou qu'un intermédiaire d'assurance qui n'est pas lié juridiquement adhère à l'organe de médiation (cf. art. 85a P-LSA).

#### ***Art. 32 Assurance de la protection juridique***

L'art. 32, al. 2, LSA contient une norme de délégation pour édicter des dispositions. La 2<sup>e</sup> 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 d'aspects constitutifs du projet LCA (cf. art. 95 ss). Par conséquent, il y a lieu d'abroger cette phrase.

### **Art. 36 Assurance sur la vie**

La disposition de l'art. 36, al. 2, LSA est reprise dans le P-LCA (cf. art. 109, al. 2, P-LCA), raison pour laquelle elle peut être supprimée dans le droit en matière de surveillance.

### **Art. 41 Activités d'intermédiaire prohibées**

La distinction systématique entre agents et courtiers, qui est à la base du P-LCA, n'autorise plus les intermédiaires à exercer à la fois une activité d'agent d'assurance et une activité de courtier en assurance. Par conséquent, il convient d'élargir l'art. 41 LSA, qui cite les activités d'intermédiaire prohibées.

Il n'est pas possible d'exercer en même temps ces deux activités, même si elles concernent des branches différentes d'assurance, ce qui entraîne une modification dans la pratique de l'autorité de surveillance.

### **Art. 43 Enregistrement**

Dans les al. 1 et 2, la notion d'intermédiaires d'assurance qui ne sont pas liés juridiquement et celle d'intermédiaires d'assurance qui sont liés juridiquement sont redéfinies et remplacées par «courtiers en assurance» et «agents d'assurance».

Il résulte de la prohibition d'exercer une double activité conformément à l'art. 41 du P-LSA qu'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 courtier en assurance et comme agent d'assurance (respectivement comme intermédiaire non lié juridiquement et comme intermédiaire lié juridiquement au sens de la terminologie en cours).

### **Art. 44 Conditions d'enregistrement**

Suivant la proposition de la commission d'experts, il est prévu d'inscrire dans la loi l'organe de médiation pour l'assurance privée (cf. art. 85a P-LSA). Les courtiers en assurance doivent aussi y adhérer (cf. art. 43, al. 1, LSA). Comme il faut apporter une preuve de l'inscription au registre conformément à l'art. 44, al. 1, il y a lieu de compléter l'alinéa par une lettre c.

### **Art. 45 Devoir d'information**

#### **Al. 1**

L'intermédiaire d'assurance devra désormais indiquer au preneur d'assurance lors du premier contact s'il est courtier en assurance ou agent d'assurance et s'il est inscrit au registre (art. 45, al. 1, let. g, P-LSA).

Dorénavant le droit privé prescrit pour le courtier en assurance l'obligation de rétrocéder les prestations qu'il a reçues de l'entreprise d'assurance (art. 68, al. 2, P-LCA). Le terme «prestations» englobe les provisions, les superprovisions et autres avantages en argent. Le courtier en assurance doit informer le preneur d'assurance avant la conclusion du contrat de son obligation de rétrocéder ces prestations ainsi que des conditions dans lesquelles il peut y renoncer.

#### **Al. 1<sup>bis</sup>**

A l'obligation de rétrocéder les prestations selon l'art. 68, al. 2, P-LCA s'ajoute pour le courtier en assurance un devoir d'information relevant du droit de la surveillance. Le preneur d'assurance doit être informé sur la nature, le montant et le calcul des prestations liées directement ou indirectement au contrat. Le devoir d'information doit être rempli à la réception des prestations fournies par l'entreprise d'assurance.

### **Art. 55 Faillite de l'entreprise d'assurance**

La disposition relative à la faillite de l'entreprise d'assurance sur la vie doit être adaptée au P-LCA.

### **Art. 85a Organe de médiation**

Comme le montre notamment l'étendue de l'activité de l'Office de médiation créée 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 établit que tant les entreprises d'assurance autorisées que les courtiers en assurance 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 exploité par les entreprises d'assurance depuis 1972 sur une base volontaire a fait ses preuves, c'est pourquoi il faut continuer à exploiter l'organe de médiation comme organisation autorégulée. L'organe de médiation n'a aucune compétence judiciaire, mais il conseille et sert de médiateur en cas de conflit et cherche une entente à l'amiable. Par conséquent, l'organe de médiation ne dispose ni d'un pouvoir de décision ni d'instruction. 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. 87 Délits**

Suite à l'introduction de la prohibition d'exercer deux activités suivant l'art. 41 P-LSA, la disposition pénale de l'art. 87, al. 1, est par conséquent complétée par la let. c<sup>bis</sup> LSA.

## **3 Conséquences**

### **3.1 Conséquences pour la Confédération**

Conformément à l'art. 98, al. 3, Cst., la Confédération légifère sur les assurances privées. La révision totale de la loi sur le contrat d'assurance concerne le droit privé. Par conséquent, l'Etat se limite aux travaux législatifs relatifs à la révision totale.

La compétence de légiférer sur les assurances privées que la Constitution confère à la Confédération comprend la compétence de surveillance<sup>4</sup>. La Confédération ne

---

<sup>4</sup> Cf. FF 1997 I 1 (message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale).

supporte pas de frais supplémentaires découlant de la surveillance des entreprises d'assurance privée, les coûts de surveillance étant couverts par les taxes payées par les entreprises d'assurance et les intermédiaires surveillés.

### **3.2 Conséquences pour les cantons**

Les modifications du droit sur le contrat d'assurance concernent le droit privé et ne nécessitent donc aucune intervention de l'Etat. Cependant, la jurisprudence civile dans les cantons devrait être allégée, le nouveau droit visant à éliminer autant que possible les lacunes du droit en vigueur. De plus, le projet ne devrait avoir aucune conséquence sur les cantons ou sur les communes.

### **3.3 Conséquences économiques**

Le message du 5 mai 1976 concernant une nouvelle loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées<sup>5</sup> légitime la surveillance de l'Etat sur les assurances privées en mentionnant notamment l'importance économique du secteur de l'assurance privée et la nécessité de préserver les intérêts des assurés.

La révision totale de la loi sur le contrat d'assurance vise à augmenter l'attrait de la place économique tout en renforçant la protection des consommateurs.

L'un des buts fondamentaux du droit sur le contrat d'assurance est d'assurer une protection raisonnable et réalisable des assurés. Le caractère désormais au moins semi-impératif de dispositions qui relevaient jusqu'à présent du droit dispositif devrait apporter de nombreuses améliorations. Cela s'applique en particulier aux contrats conclus avec des consommateurs ou avec des petites et moyennes entreprises. Le nouveau droit vise à assurer l'équilibre entre les obligations des preneurs d'assurance d'un côté et celles des entreprises d'assurance de l'autre.

La révision partielle du droit en matière de contrat d'assurance réalisée en 2004 a déjà permis de renforcer quelque peu la protection des assurés. Parallèlement, la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances opérait une déréglementation, en renonçant notamment à un contrôle préventif des produits. La présente révision totale vise quant à elle à créer un acte législatif plus moderne et plus respectueux des consommateurs de manière générale. Cette interaction du droit sur la surveillance des assurances et du droit sur le contrat d'assurance a largement évolué en Suisse en parallèle à l'UE.

Les conséquences économiques du projet étant difficilement prévisibles, notamment en raison de la liberté de contracter, il n'est guère possible pour l'instant de faire des prévisions concrètes.

---

<sup>5</sup> FF 1976 II 851

