

Projet de loi

sur le secteur des assurances.

Avis du Conseil d'Etat

(27 novembre 2012)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 27 juillet 2012, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles et une fiche financière. Le texte de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), que le projet de loi vise à transposer en droit national, n'était pas joint, pas plus que le texte de la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers. Aucun tableau de correspondance n'a été communiqué au Conseil d'Etat.

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 28 septembre 2012, le Conseil d'Etat s'est vu communiquer l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises.

Considérations générales

Le projet de loi a pour objectif de transposer en droit national la directive 2009/138/CE, précitée. La directive opère, pour reprendre les termes mêmes utilisés par les auteurs du projet de loi, un changement de paradigme. Alors que, sous le régime de surveillance dit « solvabilité I », toutes les entreprises se trouvant dans une situation comparable étaient soumises aux mêmes règles, le nouveau système dit « solvabilité II » introduit par la directive vise à prendre en compte l'exposition aux risques encourue par les entreprises d'assurance. La directive impose de nouvelles obligations aux entreprises d'assurance et modifie les missions des autorités de surveillance.

Les auteurs du projet de loi expliquent qu'ils ont mis à profit la transposition de la directive pour remplacer la loi actuelle du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances, modifiée à de multiples reprises, par une loi nouvelle présentant une codification unique et cohérente des textes régissant l'activité d'assurance et de réassurance. De nombreuses dispositions existantes non touchées par la directive seraient reprises dans le projet de loi, souvent sans changement quant au fond, hormis des adaptations purement textuelles et une mise à jour des références. D'autres dispositions nouvelles constitueraient la transposition de la directive.

Le Conseil d'Etat note que, dans un certain nombre de dispositions, il est renvoyé à des directives européennes, le plus souvent à la directive 2009/138/CE, précitée, que le projet sous examen a pour objet de transposer en droit national, mais également à d'autres directives, en particulier à la directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil à la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, et à la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice. Le Conseil d'Etat rappelle sa position de principe que la loi nationale a pour objet de transposer la directive en droit national et que cet acte de transposition doit être complet. Un renvoi, dans l'acte de transposition, à la directive est, en principe, à proscrire. Dans la mesure où un tel renvoi est censé suppléer l'absence de mesures de transposition en droit national, il est inadmissible. Dans la mesure où le renvoi est destiné à mettre en évidence le lien avec la directive à transposer, à souligner la conformité de la norme nationale avec la directive, ou à situer le champ d'application de la norme nationale par rapport à celui de la directive, le renvoi ne saurait être censuré au motif d'une transposition incorrecte ou incomplète de la directive. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une technique législative sur laquelle le Conseil d'Etat doit exprimer ses réserves. Le Conseil d'Etat est conscient que le projet de loi sous examen constitue, dans une large mesure, une œuvre de coordination de dispositions légales antérieures et que nombre d'articles sont repris de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances. Or, cette loi contient également de nombreuses références à des directives européennes. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat voudrait se limiter à inviter les auteurs à réfléchir sur la nécessité des références aux directives européennes. Il devra émettre une réserve chaque fois que le renvoi à la directive va au-delà de la fonction de référence et vise à suppléer l'absence de transposition suffisante en droit national.

Quant à la présentation légistique, le Conseil constate à travers l'ensemble du dispositif une confusion entre les paragraphes et les points énumératifs. Le paragraphe se distingue par un chiffre cardinal arabe, placé entre parenthèses: (1), (2),... A titre d'exemple, l'article 1^{er} est subdivisé en paragraphes, mais les chiffres se rapportant à ces paragraphes prennent la forme de points énumératifs. Ces chiffres seraient dès lors à mettre entre parenthèses. L'ensemble du projet est à revoir en ce sens, abstraction faite des articles 2, 4, 32, 43, 208 et 277 où les chiffres suivis d'un point se rapportent à des énumérations. Pour ces énumérations, l'utilisation de lettres minuscules a), b), c),... est préférable pour éviter toute confusion dans le futur.

Le projet de loi manque encore de cohérence en ce qui concerne les sommes d'argent qui s'écrivent en chiffres. Il convient en effet de bannir le procédé qui consiste à faire suivre ces chiffres par l'écriture en toutes lettres,

assorties de parenthèses. En l'occurrence, les articles 260, 288, 301 à 303, 306 et 307 sont à revoir.

Finalement, le Conseil d'Etat rappelle que depuis le 1^{er} décembre 2009, date de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il y a lieu d'omettre le concept de « communautaire »; il convient de viser les Etats membres de l'Union européenne, voire les Etats membres de l'Espace économique européen (EEE), alors que la directive à transposer a vocation à être étendue à l'EEE. Le projet serait également à revoir dans son ensemble dans ce contexte.

Examen des articles

Dans la logique suivie par les auteurs du projet, le Conseil d'Etat n'entend pas faire d'observation sur les textes qui ne constituent qu'une codification de la législation actuelle. En ce qui concerne les mesures de transposition de la directive, il se propose de limiter ses observations au respect de la directive et aux questions de légistique.

PARTIE 1 – LA SURVEILLANCE DU SECTEUR DES ASSURANCES

Chapitre 1^{er} – Institution

Article 1^{er} – Statut juridique et objectif

Le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet proposent d'accompagner chaque article d'un intitulé précisant l'objet de la disposition. Le Conseil d'Etat considère que l'articulation en titres, sous-titres, chapitres, sections et sous-sections devrait être suffisante notamment si le chapitre ou la section ne comprend qu'un nombre limité d'articles, voire, comme dans le chapitre sous examen, qu'un article unique.

Le Conseil d'Etat propose de mettre à profit la refonte de la loi pour préciser dans l'article sous examen le ministre exerçant sa tutelle sur le Commissariat aux assurances (CAA). A cet effet, il suffirait d'ajouter au mot ministre les termes « ayant le Secteur des assurances dans ses attributions ».

Dans le respect du point 10 de l'article 13, de l'article 27 ainsi que de l'intitulé du chapitre III de la directive, de même que dans un souci de précision et de logique, le Conseil d'Etat propose de donner la teneur suivante au nouveau paragraphe 2:

« (2) Le CAA constitue l'autorité nationale de contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance.

Le principal objectif du contrôle consiste à garantir (*suite inchangée*) ».

Chapitre 2 – Missions, pouvoirs et responsabilité

Article 2 – Missions

L'article 2 du projet de loi correspond à l'article 2 de la loi actuelle du 6 décembre 1991, à l'exception du point 6 ayant trait au rôle du CAA dans l'expansion au Luxembourg des activités d'assurance.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation.

Article 3 – Convergence, contrôle et stabilité financière

L'article sous examen précise que le CAA vise, à côté de l'objectif principal qu'est la protection des preneurs d'assurance et des bénéficiaires, la convergence des systèmes de contrôle et le maintien de la stabilité financière. Ces missions figurent déjà dans l'article 2-1 de la loi actuelle de 1991. L'article 3 opère la transposition des articles 28 et 71 de la directive. Contrairement au texte actuel, la disposition sous examen donne des lignes directrices au CAA en cas de périodes d'extrême instabilité des marchés financiers.

Concernant la décision 2009/79/CE qui est mentionnée, le Conseil d'Etat observe qu'il convient de la citer avec l'intitulé complet pour écrire « décision 2009/79/CE de la Commission du 23 janvier 2009 instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles ».

Article 4 – Pouvoirs du CAA

L'article 4 du projet de la loi reprend dans ses points 1 à 5 et 9 les dispositions des articles 21bis, 44, paragraphe 5, et 100-2, paragraphe 4, de la loi actuelle de 1991. Les points 6, 7 et 10 à 13 constituent des dispositions nouvelles et transposent les dispositions de l'article 34 de la directive non encore couverts par les points 1 à 5 ainsi que celles des articles 36, paragraphe 5, et 41, paragraphe 5.

Le Conseil d'Etat relève que l'article sous examen utilise les concepts d'entreprise d'assurance et de réassurance, de « PSA » (professionnel du secteur de l'assurance), et d'intermédiaire. Or, aucune de ces notions n'est définie dans les premiers articles de la loi en projet. Le concept d'entreprise d'assurance et de réassurance est précisé au titre II de la partie 1, concrètement à l'article 43. La notion de PSA n'est définie qu'au chapitre 1^{er} du titre III de la partie 2, concrètement à l'article 255. Le concept d'intermédiaire apparaît à l'article 277 figurant au chapitre 3 de ce titre. Le Conseil d'Etat note, au passage, que le concept générique est celui de « courtiers et agents » dont l'intermédiaire n'est qu'un cas de figure. Dans une optique légistique, il n'est pas indiqué d'utiliser dans une disposition un concept qui n'est défini que dans la suite du texte de loi. A tout le moins, un renvoi aux définitions ultérieures serait indiqué.

Article 5 – Données recueillies et statistiques

L'article reprend l'article 22 de la loi actuelle de 1991.

Dans le commentaire, les auteurs du projet de loi expliquent que, comme pour de nombreuses autres mesures d'exécution de la loi, la référence à un règlement grand-ducal a été remplacée par le recours à un règlement du CAA. Le Conseil d'Etat marque son accord quant au pouvoir de l'établissement public de prendre, conformément à l'article 108bis de la Constitution, des règlements dans la limite de sa spécialité.

Article 6 – *Responsabilité et poursuite de l'intérêt public*

L'article 6 du projet de loi reprend l'article 24 de la loi actuelle de 1991. Le Conseil d'Etat rappelle que la Cour constitutionnelle a reconnu la compatibilité avec le principe constitutionnel d'égalité de traitement des régimes spéciaux de responsabilité des autorités de contrôle et prudentielles dans le secteur financier (voir arrêt n° 63/11 du 1^{er} avril 2011).

Chapitre 3 – Secret professionnel, échange d'informations et promotion de la convergence du contrôle

Article 7 – *Secret professionnel*

L'article sous examen reprend le libellé de l'article 15, paragraphe 1^{er} de la loi actuelle de 1991 en le complétant par une référence aux membres des organes du CAA et porte transposition de l'article 64 de la directive.

Le Conseil d'Etat rejoint l'Institut des réviseurs d'entreprises dans sa proposition de remplacer le terme de « réviseur aux comptes » par celui de « réviseur d'entreprises agréé », consacré par la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit. La même observation vaut pour les articles 15, 24, 25, 27, 49, 94, 95, 199 et 221 où il y a lieu de remplacer les concepts de réviseur, réviseur aux comptes, réviseur agréé, réviseur externe par celui de réviseur d'entreprises agréé.

Finalement, il y a lieu d'écrire à l'alinéa 1^{er} « du Code d'instruction criminelle ».

Article 8 – *Coopération avec la Commission de surveillance du secteur financier*

L'article sous rubrique correspond à l'article 15, paragraphe 5 de la loi actuelle de 1991. Quant à la forme, le Conseil d'Etat recommande de faire suivre la première évocation de la Commission de surveillance du secteur financier de son sigle ou acronyme CSSF placé entre parenthèses pour ensuite n'utiliser que ce sigle.

Article 9 – *Echange d'informations entre les autorités de contrôle des Etats membres*

L'article 9 correspond à l'article 15, paragraphe 2 de la loi actuelle de 1991 et porte transposition de l'article 65 de la directive. Le commentaire explique que la condition de la réciprocité en matière d'échange d'informations n'a pas été reprise pour des motifs tenant à l'adhésion du CAA à l'Association internationale des autorités de contrôle des assurances. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation.

Article 10 – *Accords de coopération avec les pays tiers*

L'article 10 transpose l'article 66 de la directive et détermine les conditions minimales auxquelles doivent satisfaire les accords de coopération que le CAA peut conclure avec les autorités de surveillance de pays tiers. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation.

Article 11 – *Utilisation des informations confidentielles*

L'article sous examen, qui correspond à l'article 15, paragraphe 3 de la loi actuelle de 1991 et transpose l'article 67 de la directive, n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat quant au fond. Il observe seulement une faute d'orthographe dans le document parlementaire à la fin du 1^{er} tiret où il convient d'écrire « système de gouvernance ».

Article 12 – *Echange d'informations avec d'autres autorités*

L'article 12 transpose l'article 68 de la directive qui correspond en partie à l'article 15, paragraphe 4 de la loi actuelle de 1991. Le Conseil d'Etat relève que, selon le commentaire des articles, le paragraphe 4, alinéa 1^{er} de l'article sous examen, qui impose au CAA la communication de certaines informations à l'EIOPA, reprend le texte de la proposition d'amendement de l'article 15 de la loi actuelle de 1991 telle que prévue par le projet de loi n° 6397 portant transposition de la directive 2010/78/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 modifiant les directives 98/26/CE, 2002/87/CE, 2003/6/CE, 2003/41/CE, 2003/71/CE, 2004/39/CE, 2004/109/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, 2006/49/CE et 2009/65/CE en ce qui concerne les compétences de l'Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) et l'Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers) et modifiant (...), directive dite « Omnibus I ». Ce projet de loi a été avisé par le Conseil d'Etat en date du 9 octobre 2012 (doc. parl. n° 6397²).

Article 13 – *Transmission d'informations aux banques centrales et aux autorités monétaires*

Sans observation.

Chapitre 4 – Organes du CAA

Articles 14 à 18

Les articles 14 à 18 correspondent aux articles 5 à 10 de la loi actuelle de 1991 et n'appellent pas d'observation.

Article 19 – *Composition et attributions de la direction*

Dans le commentaire, il est précisé que l'article 19 correspond à l'article 11 de la loi actuelle de 1991, à deux exceptions près. Le règlement d'ordre intérieur dont doit se doter la direction est désormais à approuver par le conseil du CAA et non plus par le Gouvernement en conseil. En outre, il est prévu que le Gouvernement peut proposer au Grand-Duc de révoquer un membre de la direction du CAA qui a commis une faute grave. Le Conseil d'Etat note que, sur ce point, l'article sous examen reprend la disposition de l'article 10, paragraphe 3 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier.

Article 20 – *Comité consultatif*

L'article sous examen vise à créer au sein du CAA un comité consultatif à l'instar du comité mis en place au sein de la CSSF par l'article 15 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier. Le Conseil d'Etat approuve cette modification.

Chapitre 5 – Personnel du CAA

Article 21 – *Le cadre du personnel*

L'article sous examen reprend l'article 12 de la loi actuelle de 1991.

Article 22 – *Les agents du cadre du CAA*

L'article sous examen reprend l'article 13 de la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat se doit d'émettre une opposition formelle à l'endroit du paragraphe 5 de l'article 22. L'article 108bis de la Constitution prévoit en effet que les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ».

Article 23 – *Conflit d'intérêts*

L'article sous examen reprend l'article 16 de la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'il convient d'écrire « du Code pénal ».

Chapitre 6 – Comptes annuels et révision

Article 24 – *Révision des comptes*

Le Conseil d'Etat renvoie à l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises qui propose de retenir, pour l'intitulé du chapitre 6 et de l'article 24, les termes « *Contrôle des comptes annuels* » conformément à la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit. Cette loi définissant la fonction du réviseur d'entreprises agréé, l'Institut des réviseurs d'entreprises souligne, à juste titre, qu'il peut être fait abstraction de la deuxième phrase de l'article sous examen.

Pour le surplus, l'article sous examen qui reprend l'article 17 de la loi actuelle de 1991 n'appelle pas d'observation.

Article 25 – *Missions du réviseur*

Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises qui critique la formulation de la mission du réviseur d'entreprises agréé au regard des normes d'audit internationales telles qu'adoptées pour le Luxembourg par la Commission de surveillance du secteur financier via le règlement CSSF 11-01 du 8 janvier 2011. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'exigence que les comptes annuels qui comprennent des estimations comptables soient exacts.

Pour le surplus, l'article sous examen qui reprend l'article 18 de la loi actuelle de 1991 n'appelle pas d'observation.

Articles 26 à 28 – Exercice financier

Les articles sous examen correspondent, en substance, aux articles 19 à 21 de la loi actuelle de 1991.

Chapitre 7 – Taxes, impôts, avoirs et frais

Articles 29 à 31

Les articles sous examen reprennent les dispositions des articles 3, 4, paragraphe 3 et 23, paragraphes 1^{er} et 2 de la loi actuelle de 1991.

PARTIE 2 - L'ACTIVITE DANS LE SECTEUR DES ASSURANCES

TITRE I - Champ d'application et définitions

Chapitre 1^{er} – Définitions générales

Article 32 – Définitions générales

Les définitions figurant à l'article 32 sont pour l'essentiel reprises de la liste des définitions de l'article 25 de la loi actuelle de 1991. Certaines définitions ont été ajoutées dans le cadre de la transposition de la directive.

Le Conseil d'Etat observe qu'il n'y a pas lieu de confondre «définition» avec « abréviation ». Le but d'une définition n'est en effet pas de permettre l'emploi d'une formule abrégée. Pour autant qu'une telle formule s'avère nécessaire, il suffira d'ajouter les termes «, dénommé(e) ci-après «...», » ou «, désigné(e) ci-après par « le (la)... », », à la suite de la première mention au dispositif de la notion. L'observation vaut notamment pour les points 1, 4, 13, 16 et 17 de l'article sous examen.

Chapitre 2 – Champ d'application

Article 33 – Dispositions générales

L'article sous examen reprend les dispositions de l'article 26, paragraphe 1^{er} de la loi actuelle de 1991. Il est censé transposer l'article 2, paragraphe 1^{er} de la directive. Le Conseil d'Etat relève que cette disposition vise les entreprises établies dans un Etat membre ou qui désirent s'y établir. Or l'article sous examen couvre également les activités exercées en libre prestation de services, ce qui pose la question de l'application en tant que loi de police territoriale de la législation luxembourgeoise aux activités exercées en tant que libre prestation des services. Un problème de conformité avec le droit de l'Union européenne ne devrait toutefois pas se poser dans la mesure où la disposition sous examen prend soin d'indiquer que l'application de la loi luxembourgeoise se fait dans la « limite des compétences réservées par les directives aux autorités luxembourgeoises ».

Article 34 – L’assurance non vie

L’article sous examen transpose en droit luxembourgeois l’article 2, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la directive.

Article 35 – L’assurance vie

Le paragraphe 1^{er} de l’article sous examen vise à transposer l’article 2, paragraphe 3 de la directive. D’après le commentaire, le paragraphe 2 doit permettre de rendre applicable par règlement grand-ducal tout ou partie des dispositions de la loi en projet aux fonds de pension soumis à la surveillance du CAA. Le Conseil d’Etat est conscient que le texte a été repris de l’article 26, paragraphe 3 de la loi actuelle de 1991. Il se doit toutefois de rappeler que, dans son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl. n° 6398³), il a considéré qu’en vertu de l’article 108bis de la Constitution, les établissements publics ne disposent d’un pouvoir réglementaire que « dans la limite de leur spécialité » et que le propre du pouvoir réglementaire est d’exécuter la loi et non pas d’étendre le champ d’application de celle-ci. Dans l’avis précité, le Conseil d’Etat a soulevé une opposition formelle par rapport à des dispositions légales permettant l’extension du champ d’application de la loi par règlement adopté par le CAA.

Chapitre 3 – Exclusions du champ d’application

Section 1 – Disposition générale

Article 36 – Régimes légaux

L’article 36 qui exclut les assurances faisant partie d’un régime de sécurité sociale est la transposition de l’article 3 de la directive.

Section 2 – Assurance non vie

Article 37 – Opérations

L’article 37 correspond à l’article 5 de la directive. Les auteurs du projet de loi ajoutent un point 5) qui vise les activités de l’Office du du croire effectuées sans la garantie de l’Etat. Cet ajout est fondé sur la règle « *de minimis* » figurant à l’article 4 de la directive. Dans les considérations générales, le Conseil d’Etat a déjà relevé que la loi en projet contient une série de renvois à la directive à transposer. Le présent renvoi présente la particularité qu’il ne s’agit pas de mettre en évidence la conformité de la loi en projet avec la directive, mais de viser les cas d’exclusion du champ d’application de la directive et dès lors de la loi en raison de la taille de l’entreprise. Le Conseil d’Etat considère que cette façon de procéder ne constitue pas une transposition correcte de la directive et doit émettre une opposition formelle.

Article 38 – Mutuelles

L’article sous examen transpose l’article 7 de la directive et exclut du champ d’application de la loi les mutuelles.

Section 3 – Assurance vie

Articles 39 à 42

Les articles sous examen visent à transposer en droit national certaines dispositions des articles 9 à 12 de la directive.

TITRE II – Les entreprises d’assurance et de réassurance

Sous-titre I – Règles générales concernant l’accès à l’activité de l’assurance directe et de la réassurance et leur exercice

Chapitre 1^{er} – Définitions applicables en matière d’entreprises d’assurance et de réassurance

Article 43 – Définitions

Les définitions figurant à l’article sous examen reprennent celles figurant à l’article 25 de la loi actuelle de 1991; d’autres définitions ont été ajoutées en conformité avec la directive à transposer en droit national.

Au point 21 de l’article sous examen, il est prévu qu’un règlement du CAA peut déterminer les seuils d’une activité en vue de la détermination des grands risques. Le Conseil d’Etat doit s’opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l’article 108*bis* de la Constitution selon lequel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d’exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d’Etat renvoie encore à l’article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail¹. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Au point 24, il est renvoyé, pour la définition du marché réglementé, à la définition figurant à l’article 4, paragraphe 1^{er}, lettre 14) de la directive 2004/39 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d’instruments financiers. Le Conseil d’Etat rappelle qu’il y a lieu de renvoyer au texte national de transposition. Il s’agit en l’occurrence de l’article 1^{er}, point 11) de la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d’instruments financiers.

Le point 28 renvoie au champ d’application de la directive 2003/41 du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle. Ici encore, il y a lieu de renvoyer au texte national de transposition, en l’occurrence la loi du 13 juillet 2005 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

¹ Cour constitutionnelle, arrêts du 3 janvier 2003, n° 15/03 (Mém. A n° 7 du 23 janvier 2003, p. 90) et du 23 décembre 2005, n° 28/05 (Mém. A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2).

Chapitre 2 – Accès aux activités

Articles 44 à 55

Les articles 44 à 47 et 49 à 55 constituent la transposition en droit luxembourgeois de dispositions figurant dans les articles 14 à 20, 22, 24 et 26 de la directive. La plupart de ces dispositions figurent déjà dans la loi actuelle de 1991.

L'article 48 regroupe les dispositions des articles 86 à 89 de la loi actuelle.

Concernant l'article 53, paragraphe 2, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations ci-dessus et relève qu'il convient de renvoyer au texte national de transposition. Il s'agit en l'occurrence des articles 8 et 9 de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières, de l'article 11, paragraphe 4 de la loi précitée, ainsi que de l'Annexe II, section A, point 6 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Chapitre 3 – Autorités de contrôle et règles générales

Articles 56 à 69

Les articles 56 à 66, 68 et 69 du projet de loi visent à transposer en droit luxembourgeois des dispositions figurant dans les articles 29 à 39 de la directive. Ces dispositions figurent déjà, en large partie, dans la loi actuelle de 1991.

L'article 67 reprend l'article 100-4 de la loi actuelle de 1991 en maintenant le renvoi à la directive 91/674/CEE du 19 décembre 1991 sur les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance. Ici encore, le Conseil d'Etat demande qu'il soit renvoyé au texte national de transposition, en l'occurrence à l'article 39 de la loi modifiée du 8 décembre 1994 relative: - aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois - aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger.

Chapitre 4 – Conditions régissant l'activité

Section 1 – Responsabilité de l'organe d'administration, de gestion ou de contrôle

Articles 70 à 75

Les articles sous examen transposent les dispositions des articles 40 à 45 de la directive.

En ce qui concerne l'article 75, paragraphe 7, le Conseil d'Etat relève que la première phrase est superfétatoire alors que la loi n'est pas appelée à préciser ce à quoi elle ne s'applique pas. Les critères à prendre en considération sont fixés à l'article 44, paragraphe 1^{er} de la directive. Ces critères sont repris au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen.

En droit, il est d'ailleurs inadmissible qu'un règlement du CAA détermine des critères non prévus par la loi. Le Conseil d'Etat demande sous peine d'opposition formelle d'omettre le paragraphe 7.

Article 76 – Primes pour affaires nouvelles

L'article 76 est à lire en relation avec l'article 209 de la directive. Alors que l'article 209 de la directive est limité aux assurances vie, l'article 76 du projet de loi étend la garantie de solvabilité à toutes les branches d'assurance directe. Le Conseil d'Etat ne considère pas que cette extension des règles de garantie est en contradiction avec la directive.

Articles 77 à 81

Les articles sous examen constituent la transposition des dispositions des articles 46 à 49 de la directive.

Section 3 – Informations à destination du public

Articles 82 à 86

Les articles 82 à 86 constituent la transposition des dispositions des articles 51 à 55 de la directive.

Section 4 – Participation qualifiée

Article 87 – Acquisitions

Les articles 87 à 93 constituent la transposition des dispositions des articles 57 à 63 de la directive. La plupart de ces textes figurent déjà dans la loi actuelle de 1991.

Article 88 – Période d'évaluation

Le paragraphe 3 pose la question de la détermination du champ d'application personnel. Quels sont les opérateurs visés au point b)? S'agit-il seulement des opérateurs non soumis à un contrôle en vertu de la loi luxembourgeoise, ce que semble indiquer le renvoi à « la présente loi », ou s'agit-il des opérateurs qui échappent à un contrôle prévu par une des directives visées, directives transposées dans les différents Etats membres de l'Union européenne? Quelle que soit la lecture à retenir, le texte du point b) est contradictoire, alors qu'il est fait référence, d'une part, aux personnes non soumises à un contrôle en vertu de la loi luxembourgeoise et, de l'autre, aux personnes non soumises à un contrôle en vertu de diverses directives européennes.

Au paragraphe 3, lettre b) de l'article sous examen, il est fait état du contrôle auquel sont soumis les opérateurs en vertu de la loi ou de directives. Le Conseil d'Etat rappelle que tous les contrôles doivent être organisés par la loi nationale de transposition.

Articles 89 à 92

Sans observation.

Article 93 – *Droits de vote*

L'alinéa 1^{er} de l'article sous examen renvoie, pour les conditions d'agrégation, à l'article 12, paragraphe 4 de la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE. Le Conseil d'Etat entend rappeler qu'il appartient à la loi nationale de transposition de fixer les conditions, même si la loi se limite à reproduire le texte de la directive. Un simple renvoi à la directive, norme qui n'est pas directement applicable, peut difficilement être considéré comme une transposition correcte de la directive. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations ci-dessus et relève qu'il convient de renvoyer au texte national de transposition. Il s'agit en l'occurrence des articles 8 et 9 de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence sur les émetteurs de valeurs mobilières, de l'article 11, paragraphe 4 de la loi précitée, ainsi que de l'Annexe II, section A, point 6 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Section 5 – Personnes chargées du contrôle des comptes

Article 94 – *Désignation des personnes chargées du contrôle des comptes*

Le Conseil d'Etat fait sienne la suggestion émise dans l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises de compléter le titre de la section 5 et des articles 94 et 95 par « Personnes chargées du contrôle légal des comptes » et cela en référence au vocabulaire consacré par la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit. En conformité avec cette loi, l'Institut propose encore de remplacer l'expression « une révision comptable externe » par « un contrôle des comptes annuels ».

Pour le surplus, l'article sous examen reprend les articles 35, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, et 100, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi actuelle de 1991 et n'appelle pas d'observation. Le Conseil d'Etat est toutefois à s'interroger sur les conditions particulières, à fixer par règlement du CAA, auxquelles devront répondre les réviseurs dont la profession est organisée par la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution au sens duquel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Article 95 – *Rôle des personnes chargées du contrôle des comptes*

L'article 95 transpose l'article 72 de la directive. Les dispositions figurent déjà, pour l'essentiel, dans la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat fait sienne la suggestion émise dans l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises de remplacer l'expression « rapport de révision » au paragraphe 2, alinéa 2, par « rapport d'audit », conformément à la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit.

Chapitre 5 – Exercice simultané des activités d'assurance vie et non vie

Articles 96 et 97

Les articles sous examen sont la transposition en droit luxembourgeois des articles 73 et 74 de la directive. Les auteurs du projet de loi donnent, dans le commentaire, des explications sur le choix opéré quant aux options offertes aux Etats à l'article 73, paragraphes 2 et 3 de la directive.

Chapitre 6 – Règles relatives à la valorisation à des fins de surveillance prudentielle des actifs et des passifs, provisions techniques, fonds propres, capital de solvabilité requis, minimum de capital requis et règles d'investissement

Section 1 – Disposition générale

Article 98 – Disposition générale

L'article sous examen met en évidence que la transposition de la directive implique pour le secteur des assurances une différenciation entre les comptes prudentiels et les comptes annuels au sens de la loi modifiée du 8 décembre 1994 sur les comptes annuels et consolidés des entreprises d'assurance et de réassurance. Le Conseil d'Etat observe que la disposition n'a pas de valeur normative propre. Il comprend toutefois la finalité didactique du projet au regard des dispositions qui suivent relatives aux nouvelles règles qui régissent l'exigence de fonds propres des entreprises d'assurance et de réassurance et qui constituent le premier pilier du nouveau régime de surveillance Solvabilité II. La directive harmonise l'évaluation des actifs et des passifs des entreprises d'assurance et de réassurance et met un terme aux méthodes d'évaluation divergentes des actifs et passifs d'assurance entre Etats membres en vue de permettre la comparabilité.

Section 2 – Valorisation des actifs et des passifs

Article 99 – Valorisation des actifs et des passifs

L'article sous examen transpose l'article 75, paragraphe 1^{er} de la directive. D'un point de vue légistique, le Conseil d'Etat préconise d'abandonner l'incidente « sans préjudice des dispositions du présent chapitre » qui énonce une évidence.

Section 3 – Règles relatives aux provisions techniques

Articles 100 et 101

Les articles sous examen reprennent les dispositions des articles 76 et 77, paragraphe 1^{er} de la directive.

Section 4 – Fonds propres

Article 102 – *Fonds propres*

L'article sous examen transpose l'article 87 de la directive.

Article 103 – *Surplus funds*

L'article sous examen transpose l'article 91 de la directive en exerçant l'option qui y est donnée aux Etats membres dans son paragraphe 2.

Section 5 – Capital de solvabilité requis

Sous-section 1 – Dispositions générales concernant le capital de solvabilité requis, calculé à l'aide de la formule standard ou d'un modèle interne

Articles 104 à 106

Les articles sous examen constituent la transposition des articles 100 à 102 de la directive.

Sous-section 2 – Capital de solvabilité requis – formule standard

Articles 107 à 109

Les articles sous examen constituent la transposition des articles 103, 109 et 110 de la directive.

Sous-section 3 – Capital de solvabilité requis – modèles internes intégraux ou partiels

Articles 110 et 111

Les articles sous examen constituent la transposition de l'article 112, paragraphes 1^{er} et 4, et de l'article 119 de la directive. Le Conseil d'Etat reconnaît que dans la directive, la délimitation entre l'article 112 qui détermine les critères du modèle retenu pour calculer le capital de solvabilité et l'article 119 qui autorise les autorités nationales à exiger un contrôle particulier n'est pas des plus nettes. Le Conseil d'Etat aurait préféré une précision dans la loi en projet de la situation particulière visée à l'article 119 de la directive. Il peut accepter le renvoi au règlement du CAA pour la détermination des critères, alors que l'article 119 se satisfait d'une décision motivée de l'autorité de contrôle sans retenir des critères généraux.

Section 6 – Minimum de capital requis

Article 112

Selon le commentaire des articles, l'article sous objet transpose l'article 128 de la directive. Or, ce texte ne peut pas être appliqué indépendamment de l'article 129 de la directive. Il semble que les auteurs aient entendu renvoyer pour la transposition des critères de l'article 129 au règlement du CAA visé à l'article sous examen. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes et doit s'opposer formellement à cette

disposition sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution qui permet d'accorder aux établissements publics le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Article 113

Les dispositions transitoires prévues à l'article sous examen sont fondées sur l'article 131 de la directive. Elles accordent aux entreprises un délai de 12 mois après l'entrée en vigueur de la directive pour se conformer aux dispositions nouvelles sur le minimum de capital requis.

Section 7 – Investissements

Articles 114 à 116

Les articles sous examen transposent les dispositions des articles 132, paragraphe 1^{er}, 134, paragraphe 1^{er}, et 137 à 139 de la directive.

Section 8 – Dispositions spécifiques applicables au patrimoine distinct des entreprises d'assurance directe

Articles 117 à 121

Les articles 117 à 121 reprennent respectivement les articles 37, 39, 40, 41 et 38 de la loi actuelle de 1991. L'article 118 transpose les dispositions des articles 275 et 276 de la directive. Les autres dispositions sous examen constituent des textes autonomes luxembourgeois qui, d'après le commentaire, sont compatibles avec la directive. A l'article 119, alinéa 2, il y a lieu d'écrire « du Code civil », de même qu'à l'article 120, paragraphe 2, « du Nouveau Code de procédure civile ».

Chapitre 7 – Entreprises d'assurance et de réassurance en difficulté ou en situation irrégulière

Articles 122 à 128

Les articles 122 à 128 visent à transposer en droit luxembourgeois les dispositions des articles 136 à 138 et 140 à 142 de la directive.

D'après l'article 128 de la loi en projet, « Un règlement du CAA détermine le contenu du plan de rétablissement et du plan de financement ». Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes et doit s'opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution qui permet d'accorder aux établissements publics le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci, voire de créer de nouvelles dispositions. Le Conseil d'Etat renvoie encore à

l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution, exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Chapitre 8 – Renonciation et retrait d'agrément

Article 129 – Demande de renonciation à l'agrément

L'article 129 reprend, aux paragraphes 1^{er} à 3, les dispositions des articles 50 et 100-5 de la loi actuelle de 1991. Le nouveau paragraphe 4 constitue une disposition de nature procédurale. Le nouveau paragraphe 5 renvoie aux paragraphes 7 et 8 de l'article 131. Or, l'article 131 ne contient pas de paragraphe 8. Le Conseil d'Etat comprend que les auteurs ont entendu renvoyer aux paragraphes 6 et 7 de l'article 131 et demande de redresser cette erreur matérielle.

Article 130 – Retrait de l'agrément

L'article sous rubrique transpose l'article 144, paragraphe 1^{er} de la directive. Il reprend les dispositions figurant dans la loi actuelle de 1991 à l'article 51, paragraphe 1^{er} pour l'assurance directe et à l'article 100-6, paragraphe 1^{er} pour la réassurance.

Article 131 – Procédure de retrait de l'agrément

L'article sous examen reprend, aux paragraphes 1^{er} à 5, les dispositions de l'article 51, paragraphes 3 à 7 de la loi actuelle de 1991 pour l'assurance directe, et de l'article 100-6, paragraphes 3 à 7 pour la réassurance. Les paragraphes 1^{er} et 6 transposent les paragraphes 2 et 3 de l'article 144 de la directive.

Chapitre 9 – Droit d'établissement et libre prestation de services

Section 1 – Etablissement des entreprises d'assurance

Articles 132 à 136

Les articles 132 et 135 visent à transposer en droit national l'article 145 de la directive. Les articles 134 et 136 constituent des normes de transposition de l'article 146 de la directive. Ces textes figurent déjà, pour partie, dans la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'endroit de l'article 133 alors que la loi ne saurait investir l'établissement public de la prérogative de rendre applicables certaines dispositions légales à une série d'opérateurs économiques et à étendre le champ d'application de la loi par voie de règlement adopté par cet établissement. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies

de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Section 2 – Etablissement des entreprises de réassurance

Article 137 – Principe general

L'article sous examen reprend l'article 100-9 de la loi actuelle de 1991. Il traduit le principe énoncé à l'article 15 de la directive, à savoir le principe que l'agrément délivré par les autorités luxembourgeoises à une entreprise de réassurance ayant son siège au Luxembourg permet à celle-ci de travailler librement à travers des succursales sur tout le territoire de l'Union européenne.

Article 138 – Conditions d'établissement d'une succursale par une entreprise de réassurance

L'article sous rubrique reprend l'article 100-11, paragraphes 1^{er} à 3 de la loi actuelle de 1991.

Section 3 – Libre prestation de services: entreprises d'assurance

Sous-section 1 – Opérations effectuées par une entreprise d'assurance en libre prestation de services dans un autre Etat membre ou dans un pays tiers

Articles 139 à 142

Les articles 139 à 142 sous examen visent à transposer en droit national respectivement les dispositions de l'article 147, de l'article 148, paragraphes 1^{er}, 3 et 4, de l'article 149 et de l'article 148, paragraphe 4 de la directive. Les dispositions sont pour l'essentiel reprises des articles 71A, 71B et 72 de la loi actuelle de 1991.

Sous-section 2 – Responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs

Articles 143 à 145

Les articles 143 à 145 transposent les articles 150 à 152 de la directive et correspondent aux dispositions de l'article 73 de la loi actuelle de 1991.

Section 4 – Libre prestation de services: entreprises de réassurance

Articles 146 à 148

Les articles 146, 147 et 148 reprennent les articles 100-10, 100-9 et 100-12 de la loi actuelle de 1991.

En ce qui concerne l'article 148, paragraphe 4 de la loi en projet, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes et donne à considérer que le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi. En l'occurrence, la disposition sous examen ne constitue pas une mesure d'exécution. Le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution. Ensuite, dans la mesure où

les entreprises visées ont le droit d'opérer en régime de libre prestation de service sur le territoire du Grand-Duché, le Conseil d'Etat donne à considérer que toute restriction doit être fixée dans la loi. Il renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Section 5 – Compétences du CAA en tant qu'autorité de contrôle de l'Etat membre d'accueil

Sous-section 1 – Disposition générale

Article 149 – Langue

L'article sous examen reprend le texte de l'article 26-1 de la loi actuelle de 1991 et est conforme à l'article 153 de la directive.

Sous-section 2 – Assurance

Articles 150 à 152

Les articles sous examen transposent les articles 154 à 156 de la directive.

Sous-section 3 – Réassurance

Article 153 – Entreprises de réassurance communautaires ne se conformant pas aux règles de droit

L'article 153 transpose l'article 158 de la directive et reprend des dispositions figurant à l'article 100-16 de la loi actuelle de 1991.

Article 154 – Interdiction d'activité

L'article 154 transpose l'article 144, paragraphe 2 de la directive et reprend des dispositions figurant à l'article 100-18 de la loi actuelle de 1991.

Section 6 – Compétences du CAA en tant qu'autorité de contrôle de l'Etat membre d'origine

Article 155 – Entreprises d'assurance et de réassurance luxembourgeoises ne se conformant pas aux règles de droit

L'article sous examen reprend les dispositions figurant dans la loi actuelle de 1991 aux articles 78 et 100-17 sur l'assurance et la réassurance.

Section 7 – Informations statistiques

Article 156 – *Informations statistiques relatives aux activités transfrontalières*

L'article sous examen transpose l'article 159 de la directive.

Section 8 – Traitement des contrats des succursales en cas de liquidation

Articles 157 et 158

Les articles sous examen transposent les articles 160 et 161 de la directive et correspondent aux dispositions de l'article 60-4, point 5, et 100-8, paragraphe 3 de la loi actuelle de 1991.

Chapitre 10 – Succursales établies au Grand-Duché de Luxembourg et relevant d'entreprises d'assurance ou de réassurance dont le siège est situé hors de l'EEE

Section 1 – Assurance directe

Article 159 – *Principes de l'agrément et conditions*

L'article sous examen transpose l'article 162 de la directive.

En ce qui concerne le paragraphe 2, point d) de l'article sous examen, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations *sub* article 112 et doit s'opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution qui permet d'accorder aux établissements publics le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Articles 160 à 166

Les articles sous examen transposent les dispositions des articles 164 à 170 de la directive.

Section 2 – Réassurance

Article 167 – *Principes d'agrément et conditions d'exercice*

L'article sous examen reprend les dispositions énoncées aux articles 93 et 100-11, paragraphe 4 de la loi actuelle de 1991.

Article 168 – Equivalence

L'article sous examen transpose, à l'alinéa 1^{er}, l'article 172, paragraphe 3, de la directive et à l'alinéa 2, l'article 173 de la directive. Le Conseil d'Etat note que le commentaire de l'article vise des paragraphes, alors que le texte est articulé en alinéas. Dans la logique du projet de loi, il y a lieu d'insérer des paragraphes.

Section 3 – La fin de l'activité

Article 169 – Renonciation et retrait d'agrément

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen renvoie aux articles 129 à 131 de la loi en projet concernant la renonciation et le retrait d'agrément des entreprises d'assurance ou de réassurance luxembourgeoises et à l'article 254 pour la procédure à suivre en cas de liquidation volontaire. Autant le Conseil d'Etat peut approuver le renvoi à d'autres articles de la loi en projet, il s'oppose à la formule « par analogie » qui n'est pas conforme au principe de la sécurité juridique. Il note encore qu'il existe à côté de la renonciation et du retrait d'agrément, d'autres formes de fin d'agrément comme la liquidation volontaire. Si un renvoi s'impose, l'article 254 s'applique. Reste à savoir ce qu'il en est dans l'hypothèse de la liquidation judiciaire.

Le deuxième paragraphe transpose l'article 170 de la directive et reprend textuellement les articles 51, paragraphe 2 de la loi actuelle de 1991 pour les assurances directes et 100-6, paragraphe 2 pour les entreprises de réassurance.

Chapitre 11 – Filiales d'une entreprise d'assurance ou de réassurance régie par le droit d'un pays tiers et acquisitions d'une participation par une telle entreprise

Articles 170 et 171

Les articles 170 et 171 transposent les articles 176 et 177, paragraphe 1^{er} de la directive. A cet effet, l'article 170 reprend l'article 28, paragraphe 2, alinéa 1^{er} de la loi actuelle de 1991 pour l'assurance directe et l'article 94-3 de cette loi pour la réassurance.

Sous-titre II – Dispositions particulières relatives à l'assurance et à la réassurance

Chapitre 1^{er} – Droit et conditions applicables aux contrats d'assurance directe

Section 1 – Droit applicable

Article 172 – Droit applicable

L'article 172 transpose les articles 178 et 179, paragraphe 4 de la directive. Le renvoi au règlement (CE) n° 593/2008, encore appelé règlement Rome I, pour la détermination du droit applicable aux contrats d'assurance directe, est admissible, le règlement étant une norme directement applicable. Le Conseil d'Etat rappelle cependant qu'il convient d'ajouter l'intitulé du règlement (CE) auquel il est renvoyé pour écrire

« règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ».

Section 2 – Intérêt général

Article 173 – Intérêt général

L'article 173 vise à transposer l'article 180 de la directive.

Section 3 – Conditions des contrats d'assurance et tarifs

Article 174 – Assurance non vie; Article 175 – Assurance vie

Les articles 174 et 175 transposent les articles 181 et 182 de la directive.

Chapitre 2 – Dispositions propres à l'assurance non vie

Section 1 – Coassurance communautaire

Article 176 – Opérations de coassurance communautaire

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes et doit s'opposer formellement, sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution, à la disposition selon laquelle un règlement du CAA « détermine les conditions de la coassurance communautaire, les risques concernés et les statistiques à fournir au CAA » et « fixera en outre la notion d'apérteur et les obligations incombant à ce dernier ». Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Le paragraphe 2 est la transposition de l'article 190, paragraphe 2 de la directive.

Articles 177 et 178

Les articles sous examen transposent les articles 192 et 194 de la directive.

Section 2 – Assistance

Article 179 – Assistance

L'article 179 reprend aux paragraphes 1^{er} à 5 l'article 85 de la loi actuelle de 1991 et porte transposition des articles 2, paragraphe 2, et 6, paragraphes 1^{er}, 2 et 4, ainsi que de l'article 197 de la directive. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler sur la levée de l'option prévue à l'article 197 de la directive d'assimiler à l'activité d'assurance dans la branche 18 non seulement l'assistance « touristique » mais aussi l'assistance

aux personnes en difficulté dans d'autres circonstances. Le paragraphe 6 correspond à l'article 21, paragraphe 3 de la directive.

Section 3 – Assurance protection juridique

Articles 180 et 181

Les articles 180 et 181 transposent les articles 198 et 200 de la directive et reprennent les dispositions des articles 82-1, 83 et 84 de la loi actuelle de 1991.

Chapitre 3 – Règles propres à la réassurance

Article 182 – Réassurance finite

L'article sous examen transpose l'article 210, paragraphe 1^{er} de la directive.

Article 183 – Véhicules de titrisation

Le paragraphe 1^{er} de l'article 183 consacre le principe de l'agrément préalable, tel qu'énoncé par l'article 211, paragraphe 1^{er} de la directive.

Le paragraphe 2 reprend les dispositions de l'article 26, paragraphe 3-1, alinéas 1 et 2 de la loi actuelle de 1991 et renvoie pour le surplus à un règlement du CAA notamment en ce qui concerne les modalités de la surveillance prudentielle et le champ d'application de la loi. Même si la loi actuelle de 1991 contient un renvoi similaire à un règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat rappelle que la loi ne saurait habiliter le pouvoir réglementaire à fixer son champ d'application. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes et doit s'opposer formellement à cette disposition sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution qui permet d'accorder aux établissements publics le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Le paragraphe 3 contient une disposition transitoire aux termes de laquelle les véhicules de titrisation luxembourgeois autorisés avant le 31 octobre 2012 restent soumis à la loi actuelle de 1991. Les auteurs du projet de loi indiquent dans le commentaire qu'actuellement il n'existe pas de tels véhicules de titrisation soumis au contrôle du CAA. Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette disposition. En effet, quelle est l'utilité de maintenir une telle disposition transitoire qui introduirait une rétroactivité de la nouvelle loi? Le paragraphe serait dès lors à omettre.

Sous-titre III – Contrôle des entreprises d'assurance et de réassurance faisant partie d'un groupe

Chapitre 1^{er} – Contrôle de groupe: définitions, applicabilité, portée et niveaux

Section 1 – Définitions

Article 184 – Définitions

Concernant les renvois aux directives dans l'article sous examen, le Conseil d'Etat rappelle son observation générale; dans la mesure où ces renvois sont destinés à mettre en évidence le lien avec la directive à transposer, à souligner la conformité de la norme nationale avec la directive ou à situer le champ d'application de la norme nationale par rapport à celui de la directive, ils ne sauraient être censurés au motif d'une transposition incorrecte ou incomplète de la directive.

Section 2 – Applicabilité et portée

Article 185 – Applicabilité du contrôle de groupe

Au paragraphe 3 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat s'interroge sur la formule « lorsqu'une compagnie financière holding mixte relève, au titre de la présente loi, de dispositions équivalentes à celles de la directive 2002/87/CE » du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier, et modifiant les directives 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE et 93/22/CEE du Conseil et les directives 98/78/CE et 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil. La loi en projet doit définir la situation des opérateurs en cause dont le statut ne saurait être fixé par le biais de conditions équivalentes à celles fixées par une directive. De même, il n'appartient pas au CAA de « n'appliquer que les dispositions pertinentes de la directive ». Le CAA doit appliquer la loi qui transpose la directive. Par conséquent, le Conseil d'Etat doit s'opposer à la disposition pour transposition incomplète de la directive.

Articles 186 à 189

Les dispositions des articles 186 à 189 sont largement identiques au texte de la loi actuelle de 1991. Les modifications et adaptations sont imposées par la directive 2011/89/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant les directives 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE et 2009/138/CE en ce qui concerne la surveillance complémentaire des entités financières des conglomérats financiers. La directive 2011/89/UE rétablit les pouvoirs des autorités de surveillance au titre de la surveillance de groupe dans le cas où un groupe d'assurance est coiffé par une compagnie financière holding mixte, ce qui équivaut à dire qu'il est inclus dans un conglomérat financier. Les dispositions sous examen transposent les articles 214 à 217 de la directive telle que modifiée par la directive 2011/89/UE.

En ce qui concerne les articles 188 et 189, le Conseil d'Etat observe que le procédé de législation par référence à un texte existant « *mutatis mutandis* » est à déconseiller. Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

Ce procédé est à proscrire en vertu du principe de la sécurité juridique. Il convient de renvoyer de manière précise aux dispositions qui s'appliquent.

Chapitre 2 – Situation financière et système de gouvernance

Article 190 – *Contrôle de la situation financière et système de gouvernance*

L'article sous rubrique vise à transposer l'article 218 de la directive.

Concernant l'utilisation de la formule « *mutatis mutandis* » au paragraphe 4, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement et renvoie à ses observations qui précèdent.

Article 191 – *Fréquence du calcul*

L'article sous examen transpose l'article 219 de la directive tel que modifié par la directive 2011/89/UE et renvoie pour les modalités de calcul, prévues aux articles 220 et suivants de la directive, à un règlement du CAA.

Chapitre 3 – Mesures visant à faciliter le contrôle des groupes

Articles 192 à 202

Les articles sous examen visent à transposer les dispositions des articles 247 à 258 de la directive tels que modifiés, en partie par la directive 2011/89/UE.

Concernant l'utilisation de la formule « *mutatis mutandis* » aux articles 198, paragraphe 2, 200, paragraphe 1^{er} et 201, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement et renvoie à ses observations qui précèdent.

Chapitre 4 – Entreprises de pays tiers

Articles 203 à 206

Les articles sous examen visent à transposer les dispositions des articles 260 à 263 de la directive telle que modifiée, en partie par la directive 2011/89/UE.

En ce qui concerne l'article 205, paragraphe 1^{er}, le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle, sur le fondement de l'article 108bis de la Constitution, à l'endroit de l'alinéa 1^{er} qui autorise le CAA à dispenser du respect de la loi par voie de règlement. Il s'interroge encore sur le renvoi au règlement pour la détermination des exigences de solvabilité du groupe. Il renvoie à ses observations précédentes et rappelle que le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi et non pas de rajouter à celle-ci, voire de limiter le champ d'application de la loi. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Concernant l'utilisation de la formule « *mutatis mutandis* » aux articles 204, paragraphe 2 et 206, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement et renvoie aux observations qui précèdent.

Chapitre 5 – Sociétés holding mixtes d'assurance

Article 207 – Transactions intragroupe

L'article sous examen porte transposition de l'article 265 de la directive.

Sous-titre IV – Dispositions sur la surveillance complémentaire des entreprises d'assurance appartenant à un conglomérat financier

Chapitre 1^{er} – Définitions

Articles 208 à 225

Les articles sous examen reprennent les articles 79-9 à 79-26 de la loi actuelle de 1991.

Sous-titre V – Assainissement et liquidation des entreprises d'assurance

Chapitre 1^{er} – Champ d'application et définitions

Articles 226 et 227

Les dispositions des articles sous examen portent transposition des articles 267 et 268 de la directive.

Chapitre 2 – Dispositions communes aux mesures d'assainissement et aux procédures de liquidation collectives

Article 228 – Disposition générale

L'article sous rubrique reprend l'article 55 de la loi actuelle de 1991. Il convient d'écrire « Code de commerce ».

Article 229 – Adoption de mesures d'assainissement ou de liquidation

L'article sous examen consacre le principe de l'unité et de l'universalité des mesures d'assainissement et de liquidation si elles sont prononcées par les juridictions luxembourgeoises.

Article 230 – Adoption de mesures dans un autre Etat membre

Corollaire de l'article 229, l'article sous examen prévoit la reconnaissance au Luxembourg des mesures d'assainissement et de liquidation prises dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Article 231 – Adoption de mesures dans un pays tiers

L'article sous examen reprend l'article 56-2 de la loi actuelle de 1991.

Article 232 – *Dispense de la formalité du timbre et de l'enregistrement et honoraires et frais*

L'article sous examen reprend l'article 57 de la loi actuelle de 1991.

Article 233 – *Droit applicable*

L'article 233 porte sur la loi applicable aux procédures d'assainissement ou de liquidation, au déroulement de ces procédures et à leurs effets matériels. En principe, c'est la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure qui est applicable. Dans la logique de la directive, l'article sous examen retient une liste exemplative des situations visées.

Articles 234 à 241

Alors que l'article 233 consacre le principe de l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure, les articles 234 à 241 du projet de loi retiennent une série d'exceptions à cette règle.

Le Conseil d'Etat note que, dans le commentaire des articles, les auteurs annoncent l'adoption d'un règlement du CAA de nature à limiter la reconnaissance de la loi étrangère en vue de sauvegarder le privilège absolu accordé par l'article 119 aux assurés sur les actifs représentatifs des provisions techniques. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la base légale et rappelle la nécessité de respecter les limites posées par la directive.

Chapitre 3 – Le sursis de paiement

Articles 242 à 245

Les articles sous examen sur le sursis de paiement reprennent les articles 59 à 59-3 de la loi actuelle de 1991.

Chapitre 4 – La liquidation judiciaire

Articles 246 à 253

Les articles sous examen sur le sursis de paiement reprennent les articles 59 à 59-3 de la loi actuelle de 1991.

Sous-titre VI – La liquidation volontaire

Article 254 – *Cas d'ouverture et effets*

L'article sous examen concernant la liquidation volontaire reprend les dispositions des articles 61 et 100-8 de la loi actuelle de 1991.

TITRE III – Les professionnels du secteur de l'assurance et les intermédiaires d'assurances et de réassurances

Le Conseil d'Etat relève qu'il reprend ici les observations de son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de: - la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; - la loi modifiée

du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl. n° 6398³), pour les adapter aux dispositions du projet de loi sous avis. Il rappelle encore qu'il convient de mettre en vigueur le projet de loi précité avant le projet sous avis, permettant ainsi à la directive Solvency II de s'appliquer d'emblée au paysage des (ré)assurances et des PSA complété et mis à jour.

Chapitre 1^{er} – Les professionnels du secteur de l'assurance

Section 1 – Dispositions générales

Article 255

Se pose tout d'abord la question fondamentale de la limitation prévue par le projet de la dénomination de PSA (professionnel du secteur de l'assurance) à des personnes morales. De l'avis du Conseil d'Etat, ni des constats statistiques ni des considérations juridiques objectives ne sauraient fonder une telle limitation, et donc exclusion de façon générale des personnes physiques opérant dans certaines activités tombant désormais dans la définition de PSA. D'ailleurs, la comparaison avec le secteur financier n'est que partiellement exacte dans la mesure où la loi modifiée du 5 avril 1993 exclut les personnes physiques de l'activité de professionnel du secteur financier pour autant et uniquement dans la mesure où il s'agit d'activités impliquant la gestion de fonds de tiers (article 16 de la loi modifiée du 5 avril 1993). D'un point de vue purement juridique, une exclusion pure et simple des personnes physiques de toute activité de PSA, sans distinction entre les différentes activités visées sur base d'un critère objectif comme par exemple la gestion de fonds de tiers, constituerait une violation du principe constitutionnel de l'égalité devant la loi inscrit à l'article 10^{bis} de la Constitution, de sorte que le Conseil d'Etat s'oppose formellement à une telle exclusion pure et simple.

Article 256

Sans observation.

Article 257

Quant au paragraphe 3 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat constate que les auteurs du projet retiennent un délai de recours d'un mois devant le tribunal administratif, à l'instar de ce qui est prévu dans la loi sur le secteur financier.

Articles 258 et 259

Sans observation.

Article 260

Selon le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen, « l'activité de PSA est subordonnée à la justification d'un capital social libéré d'au moins 125.000 (cent vingt-cinq mille) euros, même en cas de cumul de plusieurs agréments de PSA, ainsi qu'à la couverture de leur responsabilité civile professionnelle d'après les modalités déterminées par règlement du Commissariat ». Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette

disposition sur le fondement de l'article 108*bis* de la Constitution au sens duquel les établissements publics peuvent se voir accorder par la loi le pouvoir de prendre des règlements « dans la limite de leur spécialité ». Or, alors que l'approche retenue rajouterait à la loi, le propre du pouvoir réglementaire est d'exécuter la loi. Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Articles 261 à 266

Sans observation.

Article 267

Il convient d'écrire au paragraphe 1^{er}: « dans les limites du droit de l'Union européenne ».

Article 268

Sans observation.

Article 269

Au paragraphe 1^{er} de l'article sous examen, le terme «respectivement» prête à confusion dans la mesure où, d'un point de vue rédactionnel, il est mal inséré. Pour rendre la disposition lisible et compréhensible, le Conseil d'Etat propose d'écrire « ... respectivement visés aux sections 1 et 2 du présent chapitre ».

Articles 270 et 271

Sans observation.

Article 272

Au paragraphe 7 de l'article sous examen, il est indiqué que « le dirigeant doit avoir son domicile ou avoir élu domicile au Grand-Duché de Luxembourg et résider effectivement à une distance raisonnable du siège opérationnel de l'entreprise pour laquelle il est agréé afin d'assurer une gestion journalière efficace et permanente ». Aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition constitue une restriction à la liberté de circulation dans l'Union européenne. Par ailleurs, comment est-ce que s'apprécie la notion de « distance raisonnable », surtout au regard des moyens de transport et des nouvelles technologies de communication? Afin de concilier le principe de la liberté de circulation avec les exigences d'une bonne gestion administrative et la présence physique des dirigeants au Luxembourg, le Conseil d'Etat propose, sous peine d'opposition formelle, le libellé qui suit:

« (7) Le dirigeant doit assurer, par sa présence physique effective au Luxembourg, une gestion journalière efficace et permanente. »

Articles 273 à 275

Sans observation.

Article 276

Au paragraphe 3, dernière phrase de l'article sous examen, les termes « doit être motivée » sont superfétatoires, alors qu'il en est déjà fait mention à la première phrase.

Articles 277 à 293

Concernant les articles 277 à 293, se pose une question de principe, soulevée d'ailleurs largement par les milieux professionnels concernés eux-mêmes, à savoir l'étendue dans laquelle les nouvelles dispositions doivent s'appliquer aux courtiers. En effet, est-il nécessaire de traiter les courtiers en (ré)assurances de façon presque aussi stricte que les PSA, sans pour autant les faire bénéficier du statut de PSA, mais en faisant d'eux une troisième catégorie d'acteurs du secteur de l'assurance, à côté des entreprises d'assurance et de réassurance, et des PSA? Il est vrai qu'un argument de taille plaide pour un traitement à part de ces acteurs: en effet, ils ne sont qu'intermédiaires entre les clients et les autres acteurs du secteur, ils ne couvrent pas les risques assurés, ne gèrent pas de provisions techniques, ne font pas de calculs actuariels. Dans la plupart des cas, ils n'encaissent même pas les primes versées par les clients, et, si tel est le cas, ce type de risque est pour le moins tout aussi bien couvert ou couvrable par une assurance responsabilité professionnelle que par des exigences en capital. Or, si cette différence importante porte à conséquence, pourquoi alors exiger de ces intermédiaires des assises financières (*article 288* du projet de loi) aussi importantes que pour les PSA? De surcroît, comment justifier à cet égard une différence de traitement entre les personnes morales (125.000 euros) et les personnes physiques (50.000 euros), qui restent d'ailleurs admises à ce type d'intermédiation, contrairement à ce que le projet entend disposer pour les PSA?

A supposer que les auteurs du projet de loi entendent maintenir une troisième catégorie d'acteurs, le Conseil d'Etat suggère de libeller le chapitre 3 « Les intermédiaires d'assurances et de réassurances », à l'instar du chapitre 2 actuel de la partie V de la loi de 1991, et de commencer l'*article 277* par un nouveau point 1 libellé ainsi:

« 1. Sont intermédiaires d'assurances et de réassurances les acteurs exerçant les activités énoncées ci-après: ».

A l'article 277, aux paragraphes 3 et 4, les termes « au sens de la présente loi » sont superfétatoires.

Enfin, concernant l'article 279, paragraphe 2, selon le point d), « L'agrément des courtiers d'assurances ou de réassurances ainsi que des sociétés de courtage d'assurances ou de réassurances est en outre soumis à la présentation d'un certificat d'assurance attestant la couverture de leur responsabilité civile professionnelle, dont les modalités sont déterminées par voie de règlement du CAA, (...) ». Ici encore, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette disposition pour les mêmes raisons que celles de l'opposition formelle ci-avant à l'endroit du paragraphe 1^{er} de l'article 260.

Selon le paragraphe 6, « Un règlement du CAA peut dispenser des conditions d'agrément prévues au présent chapitre les personnes physiques ou morales offrant des services d'intermédiation pour les contrats d'assurances qui sont complémentaires à d'autres produits ou services et fixer la durée et le niveau des primes maxima ». Selon le Conseil d'Etat, du fait que le pouvoir réglementaire des établissements publics ne peut consister qu'en une simple mise en œuvre des règles d'application générale, il est exclu que le législateur habilite ces établissements à édicter des règlements à l'effet de déroger à des lois, voire de les compléter. Il s'y oppose formellement.² Le Conseil d'Etat renvoie encore à l'article 11, paragraphe 6 de la Constitution exigeant que les restrictions à la liberté de commerce soient fixées par la loi, et rappelle que la Constitution est respectée si la loi détermine les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire des autorités compétentes, investies de ce pouvoir par ou en vertu de la Constitution, la mise en œuvre du détail. Il y a dès lors lieu de préciser ces éléments dans le texte sous examen.

Chapitre 4 – Dispositions communes applicables aux PSA et aux intermédiaires d'assurances et de réassurances

Le chapitre 4 (articles 294 à 297) énonce une série de dispositions communes aux PSA et aux intermédiaires d'assurances et de réassurances (on retrouve ici bel et bien l'ancienne terminologie générique que le Conseil d'Etat propose de reprendre pour l'intitulé du chapitre 3).

Outre le fait qu'aux paragraphes 4 et 8 de l'article 294, il convient plutôt d'écrire « 33,33% » au lieu et à la place de « 33 1/3% », le Conseil d'Etat a deux séries d'observations concernant cet article 294 quant au fond.

Selon le paragraphe 10, « le CAA peut notamment faire usage de son droit d'injonction ou de suspension ou sanctionner les personnes responsables de l'administration ou de la gestion de la personne morale concernée, qui par leur comportement risquent de mettre en péril la gestion saine et prudente de la personne morale d'une amende d'ordre allant de 125 à 12.500 euros. (...) ».

Etant donné que ces sanctions administratives peuvent être considérées comme peines selon les exigences traditionnelles de la jurisprudence, une possibilité d'un recours en réformation devant le juge administratif doit être prévue dans le texte. Tel n'est pas le cas en l'espèce. L'article 305 relatif au recours ne fait pas mention de l'article sous examen. Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement.

Articles 294 à 296

Sans observation.

² Cf. travaux préparatoires dans le cadre de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004; proposition de loi portant 1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution (doc. parl. n° 4754).

Article 297 – La révision externe

Le Conseil d'Etat rejoint l'Institut des réviseurs d'entreprises dans sa proposition de remplacer l'intitulé de l'article 297 par les mots « *Contrôle des comptes annuels* », cela en référence au vocabulaire consacré par la loi modifiée du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit.

Au paragraphe 3 de l'article sous examen, il y a lieu d'écrire « la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ».

TITRE IV – Le secret professionnel et la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

Chapitre 1^{er} – Le secret professionnel

Article 298 – Le secret des assurances

Le présent article correspond à l'article 111-1 de la loi actuelle de 1991. Les textes ont subi certaines adaptations pour tenir compte des projets de loi actuellement en cours de procédure n^{os} 6397 et 6398.

Chapitre 2 – La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme

Articles 299 et 300

Les articles sous examen correspondent aux articles 111-2 et 111-3 de la loi actuelle de 1991.

TITRE V – Les sanctions, les moyens de coercition et les recours

Article 301 – Sanctions applicables aux entreprises d'assurance et de réassurance

L'article 301 porte sur les sanctions applicables par le CAA vis-à-vis des professionnels du secteur en cas de méconnaissance des règles qu'ils doivent observer. Le texte reprend, avec des aménagements et des compléments, les dispositions des articles 46 et 101 de la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 13 novembre 2012 précité (doc. parl. n^o 6398³) et tient encore à rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme souligne régulièrement, dans sa jurisprudence, que l'imposition de sanctions administratives doit répondre aux garanties exigées en matière pénale. Parmi ces garanties, il faut relever le principe de la légalité des incriminations et des peines qui implique la nécessité de préciser à suffisance l'infraction. Certes, la Cour constitutionnelle a admis que l'exigence de précision des infractions au sens de l'article 14 de la Constitution ne s'impose pas avec la même rigueur en matière disciplinaire et en matière pénale³. Il n'en reste pas moins que le Conseil d'Etat doit

³ Arrêts n^{os} 41/07 et 42/07 du 14 décembre 2007:

« Considérant que le principe de la légalité des peines entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés; que

émettre des réserves par rapport à un renvoi global à « toute infraction à la loi ». Il est vrai que la loi actuelle de 1991 contient une disposition similaire. Le Conseil d'Etat voudrait toutefois inviter les auteurs du projet à réfléchir sur une précision des infractions par l'indication des articles de la loi sous examen ou des autres lois visées qui imposent des obligations aux professionnels du secteur des assurances.

Le Conseil d'Etat se doit toutefois d'émettre une opposition formelle par rapport au point f) du paragraphe 1^{er} qui vise l'infraction à « tout texte d'application obligatoire émanant de l'EIOPA et de la Commission ». Autant le Conseil d'Etat conçoit que le Luxembourg est tenu par le droit de l'Union européenne, autant il insiste à préciser la nature des actes adoptés par les institutions et organes européens en la matière. Ainsi, une directive, par essence non directement applicable dans l'ordre juridique interne, ne saurait servir de base pour la sanction administrative qui s'apparente à une peine.

Les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article sous examen sont, dans une large mesure, identiques aux paragraphes 3, 4 et 5 des articles 46 et 101 de la loi actuelle de 1991. Le Conseil voudrait inviter les auteurs à prendre en considération les observations suivantes:

- Les dispositions sous examen introduisent une responsabilité particulière du dirigeant d'entreprise, alors que la loi porte sur les obligations des entreprises d'assurance et de réassurance; le lien entre les droits et obligations des entreprises et les obligations spécifiques des dirigeants est difficile à comprendre. Au regard du principe de la personnalité des peines, le Conseil d'Etat invite les auteurs à réexaminer la nécessité de sanctions contre les dirigeants et sur la précision des obligations particulières qui s'imposent à ces derniers. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs constaté que l'article 302 organise les sanctions applicables aux PSA, aux dirigeants et aux intermédiaires d'assurances et de réassurances.

Le Conseil d'Etat comprend que le retrait de l'agrément constitue une peine accessoire, ce qui ne pose dès lors pas de problème au niveau de l'application du principe *non bis in idem*.

Article 302 – *Sanctions applicables aux PSA, aux dirigeants et aux intermédiaires d'assurances et de réassurances*

Le commentaire de l'article sous examen, qui est nouveau par rapport à la loi actuelle de 1991, se limite à l'observation que « l'article est le reflet de l'article 301 ci-dessus, appliqué aux PSA, intermédiaires et dirigeants ». Pour ce qui est du concept d'intermédiaire, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 4 et se demande pourquoi les auteurs du

le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;
Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une certaine marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite incriminée;
Considérant que le principe de la légalité des peines ne fait pas obstacle à ce qu'en matière disciplinaire les infractions soient définies par référence aux obligations légales et réglementaires auxquelles est soumise une personne en raison des fonctions qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève; »
Voir dans le même sens les arrêts n^{os} 23/04 et 24/04 du 3 décembre 2004.

texte n'ont pas retenu le concept générique de courtier et agent figurant dans l'intitulé du chapitre 3 du titre II de la partie 2.

Alors que l'article 301 s'adresse aux entreprises d'assurance et de réassurance, l'article 302 vise les PSA au sens du titre III. En ce qui concerne la référence aux dirigeants et le retrait de l'agrément, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 301.

Le Conseil d'Etat note encore que le point d) du paragraphe 2 vise l'intermédiaire, personne morale, alors que le paragraphe 1^{er} ne contient pas cette précision; d'ailleurs, l'article 277 vise l'intermédiaire, personne physique ou morale.

Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses observations relatives au principe de légalité des incriminations et des peines développées lors de l'examen de l'article 301.

Article 303 – Astreinte

D'après le commentaire, l'article sous examen correspond aux articles 46, paragraphe 7 et 101, paragraphe 8 de la loi actuelle de 1991. Le Conseil d'Etat note toutefois des différences dans la rédaction des deux libellés qui entachent le texte nouveau d'imprécisions que ne connaît pas la loi actuelle. En effet, l'article 303 nouveau vise l'astreinte contre « les personnes du secteur des assurances ». Le Conseil d'Etat constate que l'article 46, paragraphe 7 de la loi actuelle de 1991 vise « les personnes soumises à sa surveillance », texte que le Conseil d'Etat propose de reprendre.

Article 304 – Publication des sanctions

L'article 304 reprend les dispositions des articles 46, paragraphe 6 et 101, paragraphe 7 de la loi actuelle de 1991.

Article 305 – Recours

D'après le commentaire, le libellé des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 305 est très largement inspiré par l'article 45 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés; ces alinéas reprennent quant au fond les dispositions de l'article 46-1, alinéa 1^{er} de la loi actuelle de 1991. L'alinéa 3 reprend sans changement l'alinéa 2 de l'article 46-1 précité.

Le Conseil voudrait soumettre à l'appréciation des auteurs du projet de loi les considérations suivantes. Le texte sur la notification et la signification aurait avantage à figurer dans les articles sur les actes administratifs et non pas dans un texte sur les voies de recours. La combinaison de la procédure de notification et celle de signification par huissier est pour le moins surprenante. A noter que l'alinéa 2 de l'article sous examen ne parle plus que de notification. Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la question de savoir si les décisions au titre des articles 301 et suivants sont les seules décisions que le CAA peut adopter et qui sont susceptibles de faire grief.

Pour ce qui est des délais, le Conseil d'Etat s'interroge sur le choix des auteurs de réduire le délai de recours contre une décision administrative

négative et d'augmenter le délai en cas de silence de l'autorité administrative. Le système retenu est plus défavorable aux opérateurs que celui du droit commun. Le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 13 novembre 2012 sur le projet de loi portant modification de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances et de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (doc. parl. n° 6398³) où il a considéré qu'« il s'agit là d'une dérogation au délai de recours dit « contre silence » qui est augmenté de trois mois par le présent texte. Se pose la question de la conformité de cette disposition avec le principe de l'égalité devant la loi. Le Conseil d'Etat demande le maintien du délai de trois mois. »

Articles 306 et 307

Les articles sous examen répriment les infractions prévues aux articles 112 et 113 de la loi actuelle de 1991.

Le Conseil d'Etat relève que la réserve selon laquelle les peines prévues aux articles sous examen s'appliquent « à moins que le même fait ne soit puni d'une peine plus forte par le Code pénal ou par une loi spéciale » a été reprise de la loi actuelle de 1991. Il propose toutefois aux auteurs de faire abstraction de cette formule alors qu'elle ne fait qu'énoncer une évidence inhérente aux règles sur le concours idéal des infractions, qu'elle risque de prêter à confusion quant à la qualification juridique des faits qui peut être retenue par le juge et qu'elle est tout à fait atypique dans des normes de droit pénal.

Par souci de parallélisme entre les articles 306 et 307, le Conseil d'Etat propose de faire figurer, à l'article 307, une référence aux articles de la loi en projet qui exigent l'agrément pour les activités en cause; concrètement seraient visés les articles 256, 270 et 278.

TITRE VI – Autres dispositions

Article 308 – Coopération entre les Etats membres et la Commission

L'article 308 énonce l'obligation de coopération avec la Commission fixée à l'article 298, paragraphes 2 et 3 de la directive. Le Conseil d'Etat note que l'intitulé de l'article est repris littéralement de l'article 298 de la directive et vise la coopération entre Etats membres et la Commission européenne; or, si cette formulation a un sens dans la directive, elle est dépourvue de signification dans la loi nationale alors que peut seule être visée la coopération de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg. D'ailleurs, le libellé de l'article sous examen envisage uniquement la coopération du CAA avec la Commission et non pas celle de l'Etat en tant que tel. La coopération de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg avec les autres Etats et avec la Commission, au sens des paragraphes 1^{er} et 3 de l'article 298 de la directive, n'est pas expressément visée. On peut certes soutenir qu'il s'agit d'une obligation directe de l'Etat qui n'a pas à être reprise dans la loi de transposition. Le même raisonnement pourrait d'ailleurs également être invoqué pour le CAA qui doit assumer, en tant qu'organe de l'Etat, des obligations internationales au titre de la directive, même si elles ne sont pas reprises dans la loi nationale de transposition. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'ajouter à l'article 2 de la loi en projet relatif aux « Missions, pouvoirs

et responsabilité » une obligation de coopération avec la Commission et les Etats membres.

Article 309 – *Obligation de conclusion d'un contrat d'assurance auprès d'une entreprise d'assurance agréée au Grand-Duché de Luxembourg*

Le présent article correspond à l'article 117 de la loi actuelle de 1991 et considère qu'un contrat conclu auprès d'une entreprise d'assurance autorisée à travailler au Grand-Duché de Luxembourg en régime de libre établissement ou de libre prestation de services satisfait à une obligation d'assurance au même titre qu'un contrat conclu avec une entreprise luxembourgeoise. Le Conseil d'Etat voudrait faire trois observations par rapport à ce texte. Comme déjà invoqué dans les observations générales, il note d'abord que le libellé continue à faire référence à une entreprise « communautaire », terme abandonné dans la foulée du traité de Lisbonne; il faudrait parler d'entreprise d'un Etat membre de l'Union européenne. La directive présentant de l'intérêt pour l'Espace économique européen (EEE), le Conseil d'Etat est à se demander s'il ne faudrait pas viser une entreprise d'un des Etats membres de l'EEE. L'article sous examen reprend encore la formule « autorisée à opérer sur le territoire »; le Conseil d'Etat comprend cette formule en ce qu'elle détermine le statut juridique des entreprises qui sont habilitées à effectuer des opérations d'assurances visées au chapitre 9 (« Droit d'établissement et libre prestation de services ») du titre II de la partie 2.

TITRE VII - Dispositions transitoires et finales

Article 310 – *Droits acquis par les personnes agréées en vertu de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances*

Sans observation.

Article 311 – *Etats de contrôle antérieurs*

Sans observation, sauf à suggérer de remplacer l'anglicisme de « supervision » par le terme français de « contrôle » consacré au demeurant dans la présente loi et à écrire « précédant », forme du participe présent du verbe « précéder ».

Articles 312 et 313

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 novembre 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen